# Die
# Schuldenhaftung des Erben

## nach § 27 des Handelsgesetzbuches.

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

**Carl Händel,**
Referendar in Freiberg i. Sa.

**Borna-Leipzig**
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0052

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

Einleitung . . . . . 1

I. Teil.

**Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des § 27.**

§ 1. Der Wortlaut des § 27 in Verbindung mit § 25 . . . . . 1
§ 2. Der Begriff des Handelsgeschäfts . . . . . 5
§ 3. Die Vererbung des Handelsgeschäfts . . . . . 11
§ 4. Die Fortführung des Geschäfts durch den Erben . . . . 18
§ 5. Der Begriff der Geschäftsverbindlichkeiten . . . . . 26
§ 6. Beschränkung des § 27 auf Vollkaufleute . . . . . 33

II. Teil.

**Die Rechtswirkungen des § 27.**

§ 7. Die rechtliche Natur der Haftung aus § 27 . . . . . 37
§ 8. Fortführung des Geschäftes unter Veränderung der Firma . 46
§ 9. Fortführung des Geschäftes unter der bisherigen Firma . . 52
§ 10. Anwendbarkeit des Abs. 2 § 25 . . . . . 63
§ 11. Das Rechtsverhältnis zwischen Miterben . . . . . 67
§ 12. Rückblick . . . . . 72

# Literaturverzeichnis.


**Adler** im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 3. Berlin 1890.

**Behrend,** Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin 1896.

**Binder,** Rechtsstellung des Erben. 1901.

**Boehm,** Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Hannover 1900.

**Boehm** in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot, Bd. 42. Berlin 1898.

**Bolte** in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht von Goldschmidt Bd. 51 und 55.

**Cohn** in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot, Bd. 42. Berlin 1898.

**Cosack,** Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.

**Denkschrift** zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches. Hahn und Mugdan. Bd. 6. Berlin 1897.

**Denkschrift** zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

**Düringer-Hachenburg,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Mannheim 1899.

**Eccius** in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot, Bd. 43. Berlin 1899.

**Endemann,** Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3.—5. Aufl. Berlin 1899.

**Entscheidungen** des Reichsgerichts in Zivilsachen.

**Fischer-Henle,** Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches mit Anmerkungen. 6. Aufl. München 1904.

**Frommhold,** Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

**Gareis,** Das deutsche Handelsrecht. Lehrbuch. 7. Aufl. 1903.

**Goldmann,** Kommentar zum Handelsgesetzbuche. Bd. 1. Berlin 1901.

**Goldmann, Samuel,** in der Festgabe für Wilke. Berlin 1900.

**Goldmann, Eduard,** in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot, Bd. 43. Berlin 1899.

**Hachenburg,** Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge aus den Jahren 1896/97. 2. Aufl. Mannheim 1900.

**Korn,** Das neue Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1901.

**Krug,** Der Übergang von Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden bei Übergang eines Handelsgeschäfts unter Lebenden und von Todes wegen. Jenaer Dissertation. 1903.

**Lehmann-Ring,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1902.

**Makower,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. Buch 1—3. Berlin 1898.

**Meyer,** Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 des Handelsgesetzbuches. Leipziger Dissertation. 1904.

**Planck,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. und 2. Aufl. Berlin 1902. Bd. 1 und 5.

**Planck** in der Deutschen Juristenzeitung. 1899.

**Rosenthal,** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Graudenz, Verlag von Rothe.

**Ritter,** die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Vorträge. Berlin 1900.

**Schulteß,** Die Schuldhaftung des Erben nach § 27 des Handelsgesetzbuches. Leipziger Dissertation. 1903.

**Seufferts Archiv** Bd. 59.

**Staub,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

**Staudinger,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1902. Bd. 5.

**Stegemann,** Die Vererbung eines Handelsgeschäfts. Leipzig 1903.

**Strohal,** Das deutsche Erbrecht. 3. Aufl. Berlin 1901.

# Einleitung.

Das Handelsgesetzbuch behandelt in § 27 die Vererbung eines Handelsgeschäfts, insbesondere regelt es die Haftung des Erben für die früheren, d. h. beim Erbfall vorhandenen Geschäftsverbindlichkeiten.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch enthielt hierüber noch keine Bestimmungen, und die Rechtsprechung und Wissenschaft war, wie die Denkschrift zum Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches sagt, hier noch nicht zu festen Resultaten gelangt, so daß sich eine gesetzliche Regelung im neuen Handelsgesetzbuche nötig machte.

Man hielt früher eine gesetzliche Regelung der Haftung des Erben für die Verbindlichkeiten eines zu einem Nachlaß gehörenden Handelsgeschäfts nicht für nötig, weil man die vorhandenen allgemeinen Grundsätze des Erbrechts auch für diesen Fall für ausreichend erachtete.

So bringt denn das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 in § 27, in Verbindung mit § 25, wo die Veräußerung eines Handelsgeschäfts unter Lebenden geregelt wird, zum ersten Male gesetzliche Vorschriften über die Rechtsverhältnisse bei Vererbung eines Handelsgeschäfts.

Jedoch auch jetzt bleibt der Wissenschaft, wie sich zeigen wird, noch ein weites Feld für ihre Betätigung. Die Auslegung dieser neuen gesetzlichen Bestimmungen hat zum

Teil zu recht verschiedenen Ergebnissen geführt; denn einmal hat der Gesetzgeber es hier mit Recht vermieden, einengende Normen aufzustellen, und ferner ist auch die Ausdrucksweise des Gesetzes hier vielfach noch nicht bestimmt und klar genug, so daß bei Auslegung und Anwendung des § 27 sehr verschiedene, mitunter sich geradezu widersprechende Ansichten von namhaften Juristen vertreten worden sind.

Mit Recht sagt Bolte[1]) hier, daß es mißlich ist, aus dem Wortlaute des Gesetzes das wissenschaftliche Prinzip zu finden und von diesem Grundprinzip aus die nicht ausdrücklich entschiedenen Einzelfragen regeln zu wollen, wenn, wie hier, die historische Grundlage fehlt.

Im folgenden sollen nun der Inhalt des § 27 und seine rechtlichen Wirkungen einer eingehenden Betrachtung nach allen Seiten hin unterzogen und dabei die in der Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen verschiedenen Meinungen einander gegenübergestellt werden.

---

[1]) Bolte in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 55 S. 333.

# I. Teil.

# Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des § 27.

## § 1.

## Wortlaut des § 27 in Verbindung mit § 25.

§ 27 lautet:

„Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung.

Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des BGB. entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist."

Hier sei gleich der Wortlaut des § 25, auf den der eben zitierte § 27 in seinem 1. Absatz verweist, angeschlossen.

§ 25 lautet:

„Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht, oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist."

So klar und verständlich zunächst der Wortlaut und die Ausdrucksweise dieser beiden eben zitierten Paragraphen zu sein scheint, so ergeben sich doch bei näherer Betrachtung Schwierigkeiten, die dazu zwingen, einige Begriffsbestimmungen und allgemeinere Betrachtungen vorauszuschicken, ehe auf die praktische Bedeutung des § 27 eingegangen werden kann.

Der Gegenstand, von dem § 27 HGB. spricht, ist ein zu einem Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft. Es ist daher die erste Voraussetzung für ein volles Verständnis der in § 27 enthaltenen Rechtssätze, daß der Begriff des Handelsgeschäfts

klar erfaßt wird, weshalb zunächst dieser Begriff einer eingehenden Betrachtung unterworfen werden soll.

## § 2.
## Der Begriff des Handelsgeschäfts.

Vorausgeschickt sei hier, daß § 27 nur von der Vererbung eines Einzelgeschäfts eines Kaufmanns handelt. Für die Fortführung einer Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters gilt § 139 HGB.

Was ist nun hier im Sinne des Gesetzes „Handelsgeschäft"? Das Gesetz gibt nirgends eine Definition dieses Begriffes, und zwar, wie sich zeigen wird, mit Recht. Unmöglich hätte der Gesetzgeber hier eine Definition aufstellen können, die der Mannigfaltigkeit des täglichen Lebens im kaufmännischen Verkehr gerecht werden könnte; denn im Geschäftsverkehr der Kaufleute untereinander ist es Tatfrage des einzelnen Falles, wie eng oder weiter dieser Begriff zu fassen ist, und eine gesetzliche Festlegung dieses Begriffes würde daher nur hemmend und einengend wirken.

Das Handelsgesetzbuch gebraucht das Wort „Handelsgeschäft" in zwei verschiedenen Bedeutungen.[1]) Einmal bezeichnet es damit die einzelnen Rechtsgeschäfte, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abschließt (§§ 343, 344 HGB.), und zweitens umfaßt es mit diesem Ausdruck die gewerbliche Tätigkeit des Kaufmanns in ihrer Gesamtheit, und hiervon abgeleitet, einen sowohl die Gegenstände dieser Tätigkeit wie die Beziehungen und Verhältnisse, in denen dieselbe zutage tritt, umfassenden In-

[1]) Behrend, Lehrbuch S. 202.

begriff. Für die vorliegende Abhandlung kommt nur die zweite Bedeutung in Betracht, da nur sie im Sinne des § 27 liegt. Sie bedarf einer näheren Betrachtung.

Ein Handelsgeschäft setzt sich im praktischen Leben aus den verschiedenartigsten Bestandteilen zusammen. Es gehören dazu in der Regel Geschäftsräume, Warenvorräte, die Geschäftsaktiva, ferner aber auch Bestandteile ganz anderer Art, wie z. B. Kredit, Geschäftsgeheimnisse, die Geschäftslage und anderes mehr.

Jedes Geschäft hat dabei seine Eigenart, jedes setzt sich wieder aus anderen Bestandteilen zusammen, und in diesen Bestandteilen ist es einem steten Wechsel unterworfen, den der Umsatz des Geschäftsbetriebes mit sich bringt.

Alle die so verschiedenen Momente hängen innerlich zusammen und bilden vermöge ihrer gemeinsamen Zweckbestimmung ein geschlossenes Ganzes, das sich nach außen hin in der Firma des Geschäfts verkörpert. Insofern tritt neben die Person des Geschäftsinhabers noch ein anderes Subjekt, das Geschäft, dem man eine gewisse tatsächliche und rechtliche Selbständigkeit nicht absprechen kann, was um so mehr ins Auge tritt, wenn die Firma des Geschäfts von dem bürgerlichen Namen des Inhabers abweicht.

F. Mommsen ist hier so weit gegangen, dem Firmengeschäft juristische Persönlichkeit zuzusprechen.[1]) Diese Ansicht findet ja heute wohl kaum noch Vertreter, wenn auch, wie schon gesagt, eine gewisse Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Firma von ihrem Inhaber, den sie doch tatsächlich oft überdauert, allgemein anerkannt wird.

Die Verschiedenartigkeit der Bestandteile, aus denen sich

---

[1]) vgl. Stegemann S. 6.

ein Handelsgeschäft zusammensetzt; denn teils enthält es körperliche Gegenstände, teils Rechte, oder auch rein tatsächliche Beziehungen, wie Kundschaft und günstige Geschäftslage, ergibt die Schwierigkeit einer allen Einzelfällen gerecht werdenden Definition.

Im praktischen Leben wird man in vielen Fällen eine Definition unseres Begriffes nicht brauchen. Die Vereinbarung der Parteien wird sie ersetzen. Der Kaufmann, der von einem anderen ein bestehendes Geschäft kauft, wird in der Regel mit dem Veräußerer ganz bestimmt vereinbaren, was als zu dem veräußerten Geschäft gehörig anzusehen sei, was bei der Veräußerung inbegriffen und was davon ausgeschlossen sein soll.

Diese Parteivereinbarungen können aber nur bei Rechtsgeschäften unter Lebenden eine feste Begriffsbestimmung entbehrlich erscheinen lassen; bei Vererbung eines Handelsgeschäfts und damit hat es ja die vorstehende Abhandlung zu tun, ist jener nicht zu entraten.

In richtiger Erkenntnis dieser Notwendigkeit sind auch in den Kommentaren und Lehrbüchern vielfach Definitionen des Begriffes „Handelsgeschäft" aufgestellt worden, die mehr oder weniger voneinander abweichen.

So nennt Strohal[1]) das Handelsgeschäft einen Komplex von aus dem tatsächlichen Betrieb eines Handelsgewerbes sich ergebenden und in die Zukunft wirkenden Beziehungen.

Nach Cosack[2]) ist das Handelsgeschäft das Handelsunternehmen eines Kaufmannes als Ganzes. Es umfaßt, wie er sagt, gewisse körperliche Sachen, aber auch alle Forde-

---

[1]) Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 22 3. Aufl., Berlin 1904.

[2]) Cosack, Lehrb. des Handelsr. 6. Aufl. S. 50.

rungen und Verpflichtungen, die für den Unternehmer im Gewerbe entstehen, ferner die tatsächlichen Beziehungen zu den Kunden des Geschäfts, die Geschäftsgeheimnisse u. a. m.

Strohal und Cosack stimmen mit noch anderen darin überein, daß sie sich hüten, den Begriff des Handelsgeschäfts zu eng zu begrenzen. Sie alle stellen das Geschäft als einen die verschiedenartigsten Momente umfassenden Inbegriff dar, sehen aber davon ab, alle diese Momente aufzuzählen, in der richtigen Erkenntnis, daß sie dabei nicht erschöpfend sein könnten. Doch diese so allgemeine Fassung der Definition des Handelsgeschäfts hat auch ihre Nachteile. Je allgemeiner eine Definition sich ausdrückt, um so mehr verliert sie an Bestimmtheit. Beides läßt sich jedoch hier nicht vereinigen. Eine kurze, bestimmte Definition des Handelsgeschäfts würde der Fülle der Erscheinungsformen nicht gerecht werden können. Es erscheint daher vorteilhaft, wie Stegemann[1]) es in seiner Abhandlung über die Vererbung eines Handelsgeschäfts getan hat, zwei Begriffe, einen engeren und einen weiteren, aufzustellen. Man legt damit den Begriff wenigstens in seinen Extremen fest und behält dabei Spielraum für eine Aufstellung einer jedem einzelnen Falle unter den gerade obwaltenden Umständen gerecht werdenden Definition.

Im Gegensatz zu der oben angeführten Definition von Cosack, nach der das Handelsgeschäft das Handelsunternehmen des Kaufmanns als Ganzes ist, das u. a. auch alle Forderungen und Verpflichtungen, die für den Unternehmer im Gewerbe entstehen, enthalte,[2]) weist Stegemann nach, daß dies für den ziemlich häufigen Fall der Veräußerung

---

[1]) Stegemann S. 15ff. u. Lehmann-Ring I S. 89.

[2]) So auch Staub I S. 126.

eines Geschäfts den gesetzlichen Bestimmungen in § 25 HGB. nicht entspricht.

Das Gesetz steht hier, ohne damit eine Legaldefinition geben zu wollen, auf dem Standpunkte, daß Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden nicht im Begriffe des Handelsgeschäfts enthalten sind; denn sonst müßten sie doch bei Übergang des Geschäfts auf einen anderen Inhaber ipso jure mit auf diesen übergehen. Statt dessen haftet aber nach § 25 der Erwerber für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn er die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt. Ebenso gehen die Geschäftsforderungen auf den Erwerber nur über, wenn der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. Und dieser Übergang von Schulden und Forderungen als Folgen der Fortführung der bisherigen Geschäftsfirma, worin das Gesetz eine Willenserklärung des Übernehmers erblickt, stützt sich, wie Stegemann[1]) sagt, nicht auf die susceptio negotii, sondern auf eine stipulatio der Parteien.

Diese gesetzliche Regelung entspricht auch dem praktischen Leben. Bei Veräußerung eines Geschäfts kommt es den Parteien nicht darauf an, die Forderungen und Schulden des Geschäfts, d. h. das in ihm steckende Kapital, auf den Erwerber zu übertragen; denn dieses wird unter den Parteien durch Auszahlung der Differenz zwischen Aktiven und Passiven des Geschäfts ausgeglichen, vielmehr etwas ganz anderes ist hier der eigentliche Gegenstand der Veräußerung. Der Erwerber soll durch die Veräußerung des Geschäfts in die Lage versetzt werden, dasselbe wie der bisherige Inhaber und an

[1]) Stegemann S. 15.

seiner Statt zu betreiben, d. h. die Möglichkeit des geschäftlichen Betriebes soll auf ihn übertragen werden.

Diesen „Betrieb“ stellt nun Stegemann als das im Begriffe des Handelsgeschäfts mit Notwendigkeit enthaltene Moment hin, und so bezeichnet er als engsten Begriff des Handelsgeschäfts die „Gelegenheit zum Geschäftsbetrieb“.

Insoweit stimmt Stegemann auch ungefähr mit Binder[1]) überein, nach dessen Ansicht „Handelsgeschäft“ zunächst überhaupt kein rechtlicher, sondern ein rein tatsächlicher Begriff ist. Binder nennt das Geschäft die Gelegenheit und Veranstaltung zum Zwecke des kaufmännischen Gewerbebetriebs.[2])

Im Gegensatz zu Binder hält aber Stegemann diese Begriffsbestimmung des Handelsgeschäfts, um sie als allgemeine Definition gelten zu lassen, für zu eng. Dieser enge Begriff bedarf, wie Stegemann mit Recht sagt, in der Praxis gar oft einer Erweiterung.

Es muß hier davon abgesehen werden, näher darauf einzugehen, auf welchem Wege Stegemann zu seinem zweiten, weiteren Begriff des Handelsgeschäfts gelangt, da dies zu weit vom eigentlichen Thema dieser Abhandlung abführen würde, vielmehr interessiert hier nur das Endergebnis seiner weiteren Ausführungen.

Im weitesten Sinne, sagt Stegemann, ist „Handelsgeschäft“ soviel wie „Handelsvermögen“, d. h. es umfaßt die Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehungen von Vermögenswert.

---

[1]) Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach BGB. 1. Teil S. 32.

[2]) vgl. auch Goldmann, Komm. I S. 89.

Auf demselben Standpunkte steht der Kommentar von Lehmann-Ring.[1]) Der Begriff des Handelsgeschäfts, so heißt es dort, ist kein fest bestimmter, das Wort hat eine wechselnde Bedeutung. Ein weiterer und ein engerer Begriff läßt sich unterscheiden. „Handelsgeschäft" im weitesten Sinne ist nach Lehmann-Ring soviel wie Handelsvermögen; im engsten Sinne umfaßt es diejenigen Vermögenswerte, durch die der Fortbetrieb eines Handelsgewerbes gewährleistet wird.[2])

Schließlich sei hier noch erwähnt, daß auf eine Zweigniederlassung die Bestimmungen des § 27 HGB. keine Anwendung finden, da sie nur einen Teil eines anderen, des Hauptgeschäftes, darstellt. Die Zweigniederlassung teilt das Schicksal des Hauptgeschäfts. Wird sie aber bei Vererbung des ganzen Geschäfts von diesem gelöst und selbständig weitergeführt, so liegt darin Begründung eines neuen Geschäftes, und § 27, über Fortführung eines bestehenden, kann nicht zur Anwendung kommen.[3])

## § 3.
## Die Vererbung des Handelsgeschäfts.

Eine weitere Voraussetzung für den Tatbestand des § 27 ist, daß ein Handelsgeschäft zu einem Nachlaß gehört.

Es sei hier kurz auf einen Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs hingewiesen, der einen Unterschied zwischen „Nachlaß" und „Erbschaft" macht. Inhaltlich be-

[1]) Lehmann-Ring I S. 89/90.

[2]) Über Handelsgeschäft s. ferner: Behrend S. 202; Bolte, Zeitschrift Bd. 51 S. 418.

[3]) Staub I S. 126, 164.

zeichnen beide Ausdrücke dasselbe, aber das Gesetz nennt die Hinterlassenschaft in Beziehung auf den Erben „Erbschaft", während „Nachlaß" die Hinterlassenschaft rein objektiv bezeichnet.[1])

In § 27 HGB. spricht nun der Gesetzgeber von einem zu einem „Nachlaß" gehörenden Handelsgeschäft. Daraus hat Schulteß[2]) in seiner Dissertation über die Schuldhaftung des Erben nach § 27 HGB. folgenden Schluß gezogen: Durch diese Ausdrucksweise des § 27 werde es unzweifelhaft, daß auch der Fall, wo der Erbe ein zwar zum Nachlaß gehöriges, aber nicht ihm zufallendes Handelsgeschäft, z. B. ein dem Vermächtnisnehmer zugedachtes fortführt, hierher gehöre.

Diese Schlußfolgerung ist an sich gewiß logisch berechtigt. Praktisch wird jedoch dieser Fall, wie ihn Schulteß als Beispiel anführt, höchst selten vorkommen. Einen der von Schulteß aufgestellten Schlußfolgerung entsprechenden Willen des Gesetzgebers wird man daher wohl kaum aus der Ausdrucksweise des Gesetzes zu entnehmen haben, und es ist daher wohl das nächstliegende, anzunehmen, daß der Gesetzgeber in § 27 den Ausdruck „Nachlaß" und nicht „Erbschaft" nur deswegen gebraucht hat, weil „Nachlaß" der objektive und damit auch der allgemeinere der beiden Ausdrücke ist.

Binder[3]) bestreitet nun die Zugehörigkeit eines Handelsgeschäfts zu einer Erbschaft. Er gibt zwar selbst zu, daß nach positiver Bestimmung des Handelsgesetzbuchs das Handelsgeschäft vererbt wird, behauptet aber, daß sich dies nach den

---

[1]) Böhm, Erbrecht S. 7; Strohal I S. 14; Binder I S. 13.

[2]) Schulteß S. 5.

[3]) Binder, Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 30ff.

Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht juristisch rechtfertigen lasse.

Es kann nicht die Aufgabe vorliegender Abhandlung sein, ausführlicher auf Binders Ausführungen einzugehen, zumal sie von Strohal, der Binders geistreichen Ausführungen volle Anerkennung zuteil werden läßt, bereits widerlegt worden sind. Es mag hier genügen, Strohals[1]) Ansicht über diesen Punkt zu hören, der hierüber folgendes sagt: Einen Gegenstand der Vererbung bildet nach § 22 HGB. auch ein vom Erblasser geführtes Handelsgeschäft nebst Firma. Infolge des vom Erblasser begonnenen Handelsbetriebes ergab sich für den Erblasser doch eine (wenn auch unvollkommen) rechtlich geschützte Position, vermöge deren er seinen Handelsbetrieb als einen durch die bisherigen Betriebshandlungen individualisierten fortsetzen konnte. Und in diese Rechtsposition tritt der Erbe in der Art ein, daß er zur rechtmäßigen Fortsetzung des vom Erblasser eingeleiteten Handelsbetriebs berufen ist.

Strohal fügt dann noch hinzu, daß sich also auch hier wieder zeige, daß man dem Wesen der Gesamtnachfolge des Erben nicht gerecht werden kann, wenn man in ihr lediglich eine Nachfolge in die Rechte des Erblassers erblickt.

Es kann hier auf den Streit über das Wesen der Gesamtnachfolge und die damit zusammenhängenden Streitfragen nicht näher eingegangen werden, da es sich hier nicht darum handelt, erbrechtliche Grundsätze zu erörtern, sondern die Rechtslage zu betrachten, wie sie sich bei der vom Gesetz positiv anerkannten Möglichkeit der Vererbung eines Handelsgeschäfts gestaltet.

---

[1]) Strohal, Das Deutsche Erbrecht 3. Aufl. I S. 22

Die Zugehörigkeit des Handelsgeschäfts zu einem Nachlaß braucht nicht unbedingt darauf zu beruhen, daß dasselbe im „Eigentum“ des Erblassers stand, es genügt auch, wenn das Geschäft auf Grund eines anderen Rechtes, dinglicher oder obligatorischer Natur, zum Vermögen des Verstorbenen gehörte, d. h. ihm wirtschaftlich unterworfen war. Nur darf dieses Recht nicht ein sogen. höchstpersönliches, unvererbliches sein. Darum scheidet z. B. der Nießbrauch nach § 1061 BGB. hier aus, während ein vom Erblasser gepachtetes Geschäft als zum Nachlaß gehörend zu bezeichnen ist.[1])

## Anhang.

Obwohl es hier im allgemeinen abgelehnt werden muß, auf das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs näher einzugehen, da dies vom eigentlichen Thema vorliegender Abhandlung zu weit abführen würde, so müssen doch zur Ergänzung und Vervollständigung der Vorschriften des § 27 HGB. die Rechtssätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Prinzip der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten etwas eingehender betrachtet werden. Neben den Bestimmungen des § 27 HGB. kommen auch bei Vererbung eines Handelsgeschäfts die erbrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergänzend zur Anwendung. Eine grundsätzliche, allgemeine Regelung erbrechtlicher Verhältnisse findet sich im Handelsgesetzbuch nicht, es sind nur, wie in § 27, vereinzelte Sonderbestimmungen erbrechtlichen Charakters mehrfach darin enthalten. Die prinzipielle Regelung unseres heutigen Erbrechts findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuche, und diese Vorschriften finden nach EG. Art. 2 HGB. auch im Handelsrecht ergänzende An-

[1]) Bolte in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 51 S. 420.

wendung, und so auch auf den vorliegenden Tatbestand, da ihre Anwendbarkeit bezüglich des § 27 weder im Handelsgesetzbuche noch im Einführungsgesetz dazu ausgeschlossen ist.

§ 27 knüpft an die Fortführung der bisherigen Firma eine besondere Haftung des Erben für die Geschäftsverbindlichkeiten. — Über die rechtliche Natur dieser Haftung soll später gesprochen werden. — Der Erbe haftet nun aber schon nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für die Nachlaßverbindlichkeiten, zu denen bei Vererbung eines Handelsgeschäfts auch die Geschäftsschulden gehören. Diese Haftung bleibt für den Erben bestehen, mag er das Geschäft fortführen oder nicht. Und von dieser Haftung befreit ihn auch nicht die Einstellung der Fortführung des Geschäfts nach § 27 Abs. 2, für sie kommt es nur darauf an, natürlich immer vorausgesetzt, daß der Erbe nicht die Erbschaft überhaupt ausschlägt, ob von den Rechtsbehelfen des Bürgerlichen Gesetzbuches, die zur Beschränkung der Haftung des Erben dienen, Gebrauch gemacht wird. Es haben also die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Erbenhaftung auch für denjenigen, der ein Handelsgeschäft geerbt hat, stets, mag er mit dem Geschäft machen was er will, eine gewisse Bedeutung. Von Interesse ist daher auch hier die Entscheidung der Streitfrage, ob das Bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkt einer grundsätzlich beschränkten [1]) oder grundsätzlich unbeschränkten [2]) Haftung stehe.

Beide Ansichten werden von namhaften Juristen vertreten und verteidigt.

---

[1]) So Goldmann, Komm. S. 128; Hochenburg, Vorträge S. 701; Binder II S. 61 ff.; Staub S. 150.

[2]) Planck, Komm. Bd. 5 S. 65/66 und in der Juristenzeitung 1899 S. 365 ff.; Böhm bei Gruchot Bd. 42 S. 455 ff.

Eine vermittelnde Ansicht vertritt Strohal[1]) in seinem Erbrecht. Er nennt die Haftung des Erben für die Nachlaßschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine weder grundsätzlich „beschränkte“, noch grundsätzlich „unbeschränkte“, sondern eine grundsätzlich auf den Nachlaß „beschränkbare“. Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt, so führt Strohal aus, zunächst, solange die tatsächliche Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß noch nicht infolge des Gebrauchs der dem Erben zustehenden Rechtsbehelfe eingetreten ist, den Erben nicht nur mit dem Nachlaß, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen haften.

Das Gesetz stellt es dem Erben anheim, sich dieser für ihn unter Umständen ganz unbedenklichen Haftung (nämlich wenn der Nachlaß zur Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten offenbar ausreicht), wenn er es für erforderlich hält, durch Rechtsbehelfe zu entziehen.

Dieses Haftungsprinzip beruht aber nach Strohal gewiß nicht auf dem Prinzip der „unbeschränkten“ Haftung; denn nach dem Gesetz soll dem Erben eine Schuldenhaftung ultra vires hereditatis, abgesehen von Ausnahmefällen, nicht auferlegt werden; ferner sollen die Nachlaßgläubiger bei Beerbung ihres Schuldners durch einen zahlungsfähigen Erben eine Verbesserung ihrer Lage grundsätzlich nicht erfahren; es soll vielmehr dem Erben in allen kritischen Fällen das Recht zur Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß offenstehen.

Steht nun also das Gesetz nicht auf dem Standpunkte einer grundsätzlich „unbeschränkten“ Haftung, so hat, wie Strohal sagt, die Beschränkung der Haftung eine grund-

---

[1]) Strohal 3. Aufl. Bd. 2 S. 190ff.

sätzliche Bedeutung. Aber die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wird ganz unzureichend charakterisiert, wenn man sie einfach als „beschränkte“ bezeichnet, sie ist keine „beschränkte“ in dem Sinne, daß der Erbe schon ipso jure nur mit dem Nachlaß hafte.

Daher nennt Strohal, wie schon gesagt, die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine grundsätzlich auf den Nachlaß „beschränkbare“, und auf diesem Wege scheint sich eine Einigung zwischen den Anhängern der beiden entgegengesetzten Ansichten herbeiführen zu lassen.

Diese Streitfrage, ob man sagt, der Erbe hafte prinzipiell beschränkt, könne aber unter Umständen in die Lage kommen, unbeschränkt haften zu müssen, oder umgekehrt, der Erbe hafte prinzipiell unbeschränkt, habe aber die Möglichkeit, sich das Recht nur unbeschränkter Haftung zu sichern, ist übrigens praktisch ohne Belang.[1]) Vom Standpunkt des praktischen Lebens aus sei hier nur noch betont, daß sich der Erbe die Beschränkung seiner Haftung jedenfalls immer erst erwerben muß. Und selbst wenn er sie sich auf dem gesetzlichen Wege gesichert hat, muß er sie gegenüber jedem einzelnen Nachlaßgläubiger im Prozesse besonders geltend machen, widrigenfalls sie nicht beachtet wird (CPO. § 780 Abs. 1).

In allen den Fällen, wo der Nachlaß nicht überschuldet ist, wird es der Erbe regelmäßig bei der unbeschränkten Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten bewenden lassen.

---

[1]) Staub I S. 150.

§ 4.

## Fortführung des Geschäfts durch den Erben.

§ 27 setzt voraus, daß der „Erbe“ das zu einem Nachlaß gehörende Handelsgeschäft fortführt. „Erbe“ ist derjenige, auf den mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes übergeht (BGB. § 1922). Er tritt als Rechtsnachfolger unmittelbar in die sämtlichen Rechtsverhältnisse des Erblassers, soweit sie nicht überhaupt unvererblich sind, ein. Auf den Grund der Berufung kommt es nicht an, es ist für den Tatbestand des § 27 gleichgültig, ob es sich um Intestat-, Testaments- oder Vertragserben handelt.

Besonderer Erwähnung bedarf hier der Fall, daß ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft der Gegenstand eines Vermächtnisses ist, und daß der Vermächtnisnehmer das Geschäft mit oder ohne bisherige Firma fortführt.

Böhm[1]) sagt, es sei hier streng zu prüfen, ob nicht eine derartige Anordnung infolge ihres Umfanges als Erbeinsetzung anzusehen sei. In der Regel wird dies jedoch nicht der Fall sein, und es wird daher ein solcher Vermächtniserwerb regelmäßig nicht unter den Tatbestand des § 27 BGB. fallen, denn dieser setzt eben voraus, daß der „Erbe“, aber nicht der „Vermächtnisnehmer“ das Geschäft fortführt oder einstellt. Unter § 25 scheint aber zunächst der Vermächtniserwerb auch nicht fallen zu können; denn dort wird ein Erwerb unter Lebenden vorausgesetzt, und der Erwerb durch Vermächtnis ist nach § 1369 BGB. Erwerb von Todes wegen.

Hier ist jedoch folgendes zu bedenken: Rücksichtlich des Erwerbsgrundes gilt der Vermächtniserwerb allerdings

[1]) Böhm, Erbrecht S. 425.

als Erwerb von Todes wegen, jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nicht mehr das römische Vindikationslegat, d. h. der Vermächtnisempfänger wird nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht schon durch den Erbfall ipso jure Eigentümer des ihm vermachten Gegenstandes, vielmehr erhält er nur ein obligatorisches Recht gegen den Beschwerten auf Leistung desselben (BGB. § 2174). Der tatsächliche Übergang des vermachten Gegenstandes, d. h. hier des Geschäfts, in die Hände des Vermächtnisnehmers erfolgt erst unter Lebenden, und dieser Zeitpunkt ist für den Tatbestand des § 27 HGB. der entscheidende; denn von einer Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Vermächtnisnehmer und von einer vielleicht daraus erwachsenden Haftung für frühere Geschäftsverbindlichkeiten kann erst die Rede sein, wenn der tatsächliche Übergang des Geschäfts auf den Vermächtnisnehmer erfolgt ist, d. h. wenn er auch wirklich imstande ist, über Fortführung oder Einstellung des Geschäfts zu entscheiden. Daraus ergibt sich die Berechtigung einer analogen Anwendung der Vorschriften des § 25 HGB. auf den Fall des Vermächtniserwerbs.[1])

Böhm[2]) und andere gehen hier noch weiter. Sie behandeln den Erwerb des Vermächtnisnehmers als einen Erwerb unter Lebenden und wenden § 25 nicht nur analog, sondern direkt an. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden, da sie den Grundsätzen des BGB. (§ 1369) widerspricht.

Der Fall, daß ein „Vermächtnisnehmer“ ein ihm vermachtes Handelsgeschäft fortführt oder einstellt, scheidet also

---

[1]) Ebenso Staub I S. 139, 156; Lehmann-Ring I S. 100; Düringer-Hachenburg I S. 116.

[2]) Böhm S. 425; Makower S. 57; Bolte in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 51 S. 423.

hier, bei Betrachtung des § 27 HGB. aus, es handelt sich hier nur um eine Geschäftsfortführung durch den „Erben".

Was gehört nun im Sinne des Gesetzes zu einer „Fortführung durch den Erben"?

Die Fortführung durch den Erben braucht sich nicht unmittelbar an die Geschäftsführung des Erblassers anzuschließen,[1]) sondern § 27 greift auch dann ein, wenn eine andere Geschäftsführung, z. B. durch einen Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker dazwischen tritt und sich die Fortführung des Erben an diese anschließt. Ebenso haftet auch der Nacherbe und der, dem die Erbschaft an Stelle eines Erbunwürdigen anfällt, aus § 27.

Nicht erforderlich ist, daß der Erbe in Person das Geschäft fortführt, er kann das Geschäft durch einen Vertreter in seinem Namen fortführen lassen. So gilt namentlich die Weiterführung des Geschäfts durch den Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten des Erblassers als auf Rechnung und Verantwortung des Erben erfolgt, da deren Vertretungsbefugnis nach § 52 HGB. und §§ 672, 675 BGB. mit dem Tode des Inhabers des Geschäfts nicht erlischt.

Auch eine Fortführung durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag fällt unter § 27 HGB., wenn der Erbe dieselbe nachträglich genehmigt.

Häufig wird auch eine Fortführung des Geschäfts durch einen gesetzlichen Vertreter des Erben vorkommen, so durch den Vormund. Schwierigkeiten zeigen sich hier, wenn der gesetzliche Vertreter, wie der Vater des Erben, zugleich ein eigenes Recht an dem Geschäfte hat. Hier ist zu unterscheiden, ob der Vater des Erben das Geschäft in seinem

---

[1]) Bolte, Zeitschr. Bd. 51 S. 422.

eigenen Namen und auf eigene Rechnung, auf Grund seines eigenen Verwaltungsrechts fortführt, oder ob er als gesetzlicher Vertreter des Kindes, auf dessen Rechnung und in dessen Namen handelt, und für sich kraft seines Nutznießungsrechts nur die Reinerträge des Geschäfts nimmt.

Ob das eine oder andere vorliegt, wird sich meist aus dem Handelsregister ersehen lassen. Wenn sich jedoch hierüber kein Eintrag findet, so kann es für Dritte oft schwierig sein, die wahre Sachlage zu erkennen; es kommt dann die Vorschrift des § 164 Abs. 2 BGB. zur Anwendung, wonach der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt, wenn der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt.

Für § 27 kommt natürlich die Fortführung des Geschäfts durch den Vater des Erben kraft eigenen Verwaltungsrechts nicht in Betracht, da darin keine Fortführung durch den Erben liegt.

Eine Fortführung des Geschäfts durch den Ehemann der Erbin fällt ebenfalls nur dann unter § 27, wenn der Ehemann auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vollmacht, als vertragsmäßiger Vertreter der Erbin handelt, da er nach keinem der Güterrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs als allgemeiner Vertreter der Ehefrau gilt.[1]) Ebensowenig kann eine Fortführung eines hinterlassenen Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter als Fortführung durch den Erben im Sinne des § 27 HGB. gelten, da alle diese Personen nicht allgemeine gesetzliche Vertreter des Erben sind, vielmehr sogar gleichzeitig die Interessen der Nachlaßgläubiger gegen den Erben vertreten.

[1]) Bolte, Zeitschr. Bd. 51 S. 425.

Juristisch interessant ist hier noch der Fall, daß ein Erbe, der das von ihm ererbte Handelsgeschäft über die Einstellungsfrist des Abs. 2 § 27 hinaus unter Beibehaltung der bisherigen Firma fortgeführt hat und für den daher die unbeschränkte Schuldhaftung des § 27 bereits entstanden war, später für erbunwürdig erklärt wird. Nach § 2344 BGB. gilt, sobald ein Erbe für erbunwürdig erklärt worden ist, der Anfall an ihn als nicht erfolgt. Es wird also nach erfolgreicher Anfechtung so angesehen, als ob der Erbunwürdige nie Erbe gewesen wäre, und demnach muß es in folgerichtiger Anwendung dieser Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches auch vom Standpunkte des § 27 HGB. aus so angesehen werden, als ob der Erbunwürdige nie Erbe gewesen wäre und ihm daher nie die unbeschränkte Haftung aus § 27 hätte erwachsen können. Nachdem also der Erbe für unwürdig erklärt worden ist, kann man ihn nicht mehr aus § 27 HGB. haftbar machen.

Diese Entscheidung entspricht auch durchaus der Billigkeit. Der Erbe, der später für erbunwürdig erklärt worden ist, hat die unbeschränkte Schuldhaftung nach § 27 auf sich genommen, in der Voraussetzung, definitiver Erbe zu sein und Herr der Erbschaft zu bleiben. Wenn nun diese Voraussetzung sich nicht erfüllt und man dem Erben im Wege der Anfechtung seines Erwerbs die Erbschaft mit ihren Vorteilen — und solche wird sie in diesem Falle stets haben; denn sonst findet sich im Leben schwerlich jemand, der sich der Mühe der Erbschaftsanfechtung unterzieht — nimmt, so ist es nur recht und billig, wenn man ihm nicht nur die Rechte, sondern auch die Pflichten des Erben nimmt und ihn auch von der ihm aus § 27 HGB. erwachsenen Haftung befreit.

Der wegfallende Erbe ist für die vor der Anfechtung vorgenommene Besorgung erbschaftlicher Geschäfte dem an seine Stelle tretenden Erben gegenüber berechtigt und verpflichtet wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag.

Anders verhält es sich bei Eintritt einer Nacherbfolge. Der Vorerbe, für den die unbeschränkte Haftung aus § 27 erwachsen ist, wird bei Eintritt der Nacherbfolge von dieser Haftung nicht befreit, aber zu seinen Gunsten wird in analoger Anwendung des § 26 HGB. eine fünfjährige Verjährungsfrist laufen, die mit dem Ende des Tages beginnt, an welchem der Nacherbe als Inhaber der Firma in das Handelsregister eingetragen ist. Sobald sich der Nacherbe endgültig unbeschränkt haftbar gemacht hat, erlischt soweit die Haftung des Vorerben[1]) (BGB. § 2145).

Es ist hier noch zu prüfen, was als „Fortführung“ eines Handelsgeschäfts anzusehen ist. Es wird sich im praktischen Leben aus den Umständen ergeben, inwieweit dazu eine eigene Betätigung des Erben gehört. Jedenfalls muß der Erbe, damit man sagen kann, daß er das Geschäft fortführt, dasselbe leiten wie ein Prinzipal. Bei Großbetrieb wird sich in der Regel der Geschäftsinhaber darauf beschränken, den Geschäftsgang zu beaufsichtigen und zu überwachen, aber auch in kleinen Betrieben wird zur Fortführung des Geschäfts durch den Erben nicht notwendig gehören, daß er selbst in Person tätig wird; auch hier werden noch oft Stellvertreter wie z. B. Frau und Kinder anstatt des Inhabers tätig sein. Maßgebend ist stets, auf wessen Rechnung das Geschäft geführt wird. Wer den Gewinn und Verlust eines Geschäfts trägt, der ist als die das Geschäft führende Person anzusehen.

---

[1]) Böhm, Erbrecht S. 425.

Eine Fortführung eines Geschäfts setzt dann weiter voraus, daß wirklich der übernommene Geschäftsbetrieb fortgesetzt wird, d. h. daß die Kontinuität des Geschäftsganges gewahrt bleibt. Einmal gehört dazu, daß der Fortgang des Geschäfts nicht zeitlich unterbrochen wird, und ferner, daß der Charakter des Geschäfts gewahrt wird.

Zeitlich kann natürlich hier nur eine Unterbrechung von einer gewissen Dauer in Betracht kommen. Das vorübergehende Ruhen des Geschäfts, wie Schließen des Ladens oder der Kontors in größeren Betrieben, auch das zeitweise Stillstehen der Maschinen eines Fabrikbetriebes kann noch nicht auf die Absicht des Geschäftsinhabers schließen lassen, das Geschäft nicht fortführen zu wollen. Bei kleineren Betrieben wird ja sogar in der Regel bei Tod des Geschäftsherrn das Geschäft einige Tage, und zwar meist vom Todestage bis zum Begräbnistage, geschlossen bleiben; deswegen wird aber noch niemand an der Fortführung des Geschäfts zweifeln können. Die Unterbrechung darf nur nicht so lange dauern, daß eine ordnungsmäßige Regelung der laufenden Geschäfte dadurch unmöglich wird, so daß die Kunden und Gläubiger des Geschäfts dadurch beeinträchtigt werden könnten.

Der Erbe darf ferner nicht unvermittelt den Charakter des Geschäfts ändern. Eine allmähliche Veränderung in der Hand des Erben hindert nicht, daß man noch von einer Fortführung desselben sprechen kann, wenn nur die ordnungsmäßige ruhige Abwicklung der laufenden Geschäfte dadurch nicht leidet. Sogar, wenn der Erbe das Geschäft allmählich gänzlich verändert, d. h. es in eine andere Branche überleitet, kann man trotzdem die Fortführung nicht in Abrede stellen. Wenn nur das Geschäft zunächst vom Erben eine Zeitlang

fortgeführt worden ist, so daß niemand mehr an der Absicht, das Geschäft des Erblassers fortzusetzen, zweifeln kann; später kann dann der Erbe das Geschäft verändern, wie er will.[1])

Unter Umständen wäre es sogar eine große Härte, wollte man dem Erben, wenn er sich entschlossen hat, die bisherige Firma weiterzuführen, das Recht versagen, das Geschäft in eine neue Branche überzuleiten. Wenn sich, wie es häufig bei den der Mode unterworfenen Gegenständen vorkommt, ein Artikel überlebt hat, und er nicht mehr auf dem Markt verlangt wird, so kann man doch den Erben, der das Geschäft des Erblassers fortgeführt hat, nicht vor die Alternative stellen, entweder den bisherigen Artikel mit Verlust weiterzuführen, oder das Geschäft ganz aufzulösen. Auch vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus ließ sich dies nicht halten.

Aber freilich darf hierbei der Erbe nicht dolos handeln, was darin liegen würde, wenn er zwar das Geschäft mit der bisherigen Firma eine kurze Zeit unter Wahrung seines bisherigen Charakters fortführte, aber von vornherein die Absicht hätte, den ererbten Geschäftsbetrieb nur eine kurze Zeit fortzusetzen, um sich das Recht auf die bisherige Firma zu sichern und letztere dann für ein neues, von ihm zu begründendes anderes Geschäft beibehalten zu können.[2]) Damit würde der Erbe die Vorschrift des § 23 HGB. umgehen, wonach eine Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden kann, was analog auch für die Vererbung einer Firma zu gelten hat. Im Leben

[1]) So auch Staub I S. 129; anders Lehmann-Ring I S. 85; Düringer-Hachenburg I S. 110.

[2]) Staub I S. 129.

wird sich allerdings eine solche dolose Absicht des Erben schwer nachweisen lassen, jedoch darf das nicht hindern, bei theoretischer Behandlung mit der Möglichkeit dieses Falles zu rechnen.

Vorstehende Betrachtungen haben gezeigt, daß man es hier mit einem flüssigen Begriff zu tun hat. Die Grenze, wo noch von einer Fortführung eines bestehenden Geschäfts gesprochen werden kann und wann nicht mehr, läßt sich nicht abstrakt bestimmen. Im Verkehr wird es kaum jemals zweifelhaft sein, ob das vom Erben geleitete Geschäft mit dem des Erblassers identisch ist, oder ob es als ein neues Unternehmen anzusehen ist. Die allgemeine Verkehrsauffassung wird hier die Entscheidung ergeben.[1])

## § 5.

## Der Begriff der Geschäftsverbindlichkeiten.

Das HGB. läßt in § 27 den das Geschäft fortführenden Erben unter gewissen Voraussetzungen für „die früheren Geschäftsverbindlichkeiten" haften. In § 25 Abs. 1 spricht das Gesetz von „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten". Staub[2]) und andere sind der Ansicht, daß die beiden Ausdrücke ganz dasselbe bedeuten sollen, es sei nur der Kürze wegen in § 27 gesagt worden „frühere" Geschäftsverbindlichkeiten, anstatt wie in § 25 Abs. 1 „die im Betriebe begründeten" Verbindlichkeiten. Man sagt, es fehle an jedem Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber die Ab-

---

[1]) Bolte, Zeitschr. Bd. 51 S. 422; Stegemann S. 101.

[2]) Staub I S. 138; Goldmann I S. 130; Bolte, Zeitschr. Bd. 51 S. 440.

sicht gehabt habe, mit dem Ausdruck des § 27 etwas anderes zu sagen als mit dem des § 25 Abs. 1.

Richtig ist, daß sich eine Absicht des Gesetzgebers, den beiden Ausdrücken einen verschiedenen Sinn beizulegen, nicht nachweisen läßt, zumal ja sogar innerhalb des § 25 (vgl. § 25 Abs. 1 und Abs. 3) beide Ausdrücke nebeneinander gebraucht werden; trotzdem ist aber dieser Unterschied, mag er vom Gesetzgeber beabsichtigt sein oder nicht, tatsächlich nicht ganz ohne Bedeutung.[1]) Diese Bedeutung ergibt sich bei Betrachtung derjenigen Verbindlichkeiten, die der frühere Inhaber des Geschäfts, also hier der Erblasser, zwecks Begründung des Geschäfts eingegangen ist. Als Verbindlichkeiten, die „im Betriebe“ des Geschäfts begründet sind, kann man sie deshalb nicht gelten lassen, weil bei ihrer Entstehung noch kein Geschäftsbetrieb vorhanden war; hingegen wird man diese Verbindlichkeiten zu den „früheren“ Geschäftsverbindlichkeiten unbedenklich rechnen können und auch rechnen müssen.

Diejenigen, die auf dem Standpunkte stehen, daß der Ausdruck „frühere Verbindlichkeiten“ nur ganz dasselbe zum Ausdruck bringe, wie der längere Ausdruck des § 25, der nur wegen seiner Länge in § 27 nicht wiederholt sei, sind hier verschiedener Ansicht. Auf der einen Seite[2]) wird die Ansicht vertreten, daß beide unterschiedslos auch die zwecks Begründung eines Geschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten umfassen, während andere[3]) meinen, für derartige Verbindlichkeiten könne man, weil sie nicht „im“ Betriebe, sondern vor

---

[1]) So auch Cohn bei Gruchot Bd. 42 S. 53.

[2]) Staub I S. 141.

[3]) Cosack, Handelsrecht 6. Aufl. S. 52 u. Bolte, Zeitschrift Bd. 51 S. 443.

Beginn des Betriebes entstanden sind, weder den Erwerber unter Lebenden nach § 25 noch den Erben nach § 27 haften lassen. Allgemein wird zugegeben, daß im Wege der Parteivereinbarung die Schulden aus dem Erwerbe des Handelsgeschäfts zu Geschäftsschulden gemacht werden können, und daß es auch ohne solche Vereinbarung unter Umständen möglich ist, daß eine solche Schuld nachträglich die Natur einer Geschäftsschuld erlangt, nämlich dann wenn das Geschäft später die Zinsen der Schuld bezahlt oder Abschlagszahlungen leistet; denn hierin liegt eine „im Betriebe des Geschäfts" enthaltene Handlung, die jene Schuld in die Reihe der übrigen Geschäftsverbindlichkeiten versetzt.[1])

Dem praktischen Leben und der allgemeinen Auffassung der Kaufleute entspricht allein die Ansicht Staubs, daß die bei Begründung des Geschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten stets zu den Geschäftsverbindlichkeiten zu rechnen seien. Und diese Ansicht verträgt sich außerdem, wie schon erwähnt, durchaus mit dem Ausdrucke „frühere Geschäftsverbindlichkeiten" in § 27.

Wenn jemand ein Darlehen aufnimmt, um damit ein Geschäft zu begründen, so ist in diesem Moment allerdings das Geschäft selbst noch nicht vorhanden, und man kann deshalb streng logisch auch noch nicht von einer Verbindlichkeit desselben reden, aber andererseits ist der Zusammenhang zwischen diesem Darlehen und dem künftigen Handelsgeschäft ein so inniger, daß in der Darlehensaufnahme gleichsam das erste Rechtsgeschäft des entstehenden Handelsgeschäfts zu erblicken ist, so daß man die daraus entstehende Verbindlichkeit unbedenklich als Geschäftsschuld betrachten kann.

---

[1]) Bolte S. 443.

Demjenigen, der einem anderen ein Darlehen zur Begründung eines Geschäfts gewährt, ist es auch durchaus nicht gleichgültig, ob der Empfänger das Darlehen gerade zur Eröffnung eines Handelsgeschäfts oder zu irgend einem anderen Zwecke verwenden will, vielmehr wird ihn in der Regel gerade allein der Umstand, daß das Darlehen zur Begründung eines Geschäfts verwendet werden soll, bestimmen, Kredit zu gewähren, weil er von dem Geschäft erwartet, daß es in der Lage sein wird, ihm später sein Geld zurückzuerstatten. Die Parteien werden hier regelmäßig, ohne daß es dazu irgend welcher Vereinbarung bedarf, darin übereinstimmen, daß das entstehende Geschäft für die zwecks seiner Begründung eingegangenen Verbindlichkeiten haftbar sein solle; denn derjenige, der ein Darlehen aufzunehmen sucht, um ein Geschäft begründen zu können, wird diesen seinen Zweck nicht verheimlichen, sondern ihn vielmehr möglichst bekannt machen, um leichter Kredit zu bekommen.

Bei Verbindlichkeiten, die der Kaufmann während des Bestehens seines Geschäfts eingeht, wird es in der Regel kaum zweifelhaft sein, ob eine Geschäftsschuld oder eine Privatschuld des Kaufmanns vorliegt. Für die Privatschulden des Erblassers kommt § 27 HGB. gar nicht in Betracht; für diese haftet der Erbe ausschließlich nach den erbrechtlichen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die Entscheidung, ob eine Verbindlichkeit eines Kaufmannes als Geschäftsschuld oder als Privatschuld anzusehen ist, wird sich in der Regel aus den Geschäftsbüchern ergeben; denn die meisten Geschäftsverbindlichkeiten werden sich aus Einträgen in den Geschäftsbüchern nachweisen lassen. Freilich wird man hier nicht so weit gehen dürfen, zu sagen, daß umgekehrt jede Verbindlichkeit des Kaufmanns, die sich

nicht aus seinen Geschäftsbüchern nachweisen läßt, als eine von ihm eingegangene Privatverbindlichkeit anzusehen sei. In zweifelhaften Fällen wird die Verkehrsauffassung hier eine Entscheidung ergeben, jedoch auch das Handelsgesetzbuch hat hier eine Entscheidung getroffen, indem es in § 344 folgenden Grundsatz aufstellt:

„Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt."

Die Anwendbarkeit des § 344 auf § 27 ist insofern eine beschränkte, als § 344 eine Vermutung aufstellt nur für solche Handlungen und die daraus entstehenden Verpflichtungen, die sich als Rechtsgeschäfte darstellen oder gar nur als Zeichnung eines Schuldscheins. Als Entstehungsgründe für Geschäftsverbindlichkeiten kommen aber nicht nur Rechtsgegeschäfte in Betracht. Doch davon später!

§ 344 spricht ferner vom Betriebe eines Handelsgewerbes, während es sich in § 27 nur um ein Handelsgeschäft handelt. Beide Begriffe sind durchaus nicht identisch. Die Bedeutung des Wortes „Handelsgeschäft" ist bereits oben ausführlich besprochen worden; der Begriff „Handelsgewerbe" ist im Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 der maßgebende für die Kaufmannseigenschaft eines Geschäftsmannes. In der Regel wird sich allerdings das „Handelsgeschäft" eines Kaufmannes mit seinem „Handelsgewerbe" decken. Aber notwendig ist dies nicht. Ein Kaufmann kann im Betriebe seines Handelsgewerbes mehrere, selbständig nebeneinander bestehende Handelsgeschäfte haben. Für diesen Fall kann

§ 344 nicht entscheiden, ob ein Rechtsgeschäft als im Betriebe des einen oder des anderen Handelsgeschäfts abgeschlossen anzusehen ist. Diese Entscheidung ist aber für § 27 wichtig, weil ein Erbe immer nur für diejenigen Verbindlichkeiten nach § 27 haftet, die in den Betrieb des gerade von ihm ererbten Geschäfts fallen. Wenn dagegen, was der regelmäßigere Fall sein wird, das Handelsgewerbe des Kaufmanns nur ein einziges Handelsgeschäft umfaßt, dann gelten eben die Rechtsgeschäfte und die daraus entstandenen Verbindlichkeiten des Kaufmanns nach § 344 im Zweifel als zu seinem Handelsgewerbe und somit zu seinem Handelsgeschäft gehörig.

Das Gesetz sagt in § 344 „im Zweifel“ und will damit sagen, daß die Vermutung des § 344 nur dann eingreifen soll, wenn es wirklich im konkreten Falle zweifelhaft sein kann, ob sich ein Kaufmann in seiner Eigenschaft als solcher oder als Privatmann verpflichtet hat. So kann, um ein Beispiel anzuführen, es nicht zweifelhaft sein, daß kein Handelsgeschäft des Kaufmanns darin zu erblicken ist, wenn er seinem 6jährigen Kinde auf dem Jahrmarkte eine Zuckertüte kauft. Hier kann die Vermutung des § 344 gar nicht in Frage kommen.

Bestritten ist die Anwendbarkeit des § 344 Abs. 2. Staub[1]) und Düringer-Hachenburg wollen nur den Abs. 1 angewandt wissen. Es ist jedoch nicht einzusehen, mit welchem Rechte man zu dieser Entscheidung kommt. Die beiden Bestimmungen des Abs. 1 und des Abs. 2 sind ihrem Charakter nach ganz gleichartig, und es fehlt jede innere Begründung dafür, zwar den Abs. 1, aber nicht Abs. 2 auf den

---

[1]) Staub I S. 133; Düringer-Hachenburg I S. 117.

Tatbestand des § 27 anzuwenden. Daß § 344 aber überhaupt auf § 27 anzuwenden ist, kann nicht bestritten werden. Als allgemeiner Rechtssatz ergreift § 344 alle Tatbestände, die sich ihm begrifflich unterordnen lassen, auch diejenigen, an die der Gesetzgeber dabei zunächst nicht gedacht hat und nicht hat denken können, wie es hier der Fall ist, da § 344 aus dem alten HGB. stammt, wo die Bestimmungen des § 27 noch nicht enthalten waren.[1] Es muß also sowohl Abs. 2 wie Abs. 1 des § 344 auf den Tatbestand des § 27 angewendet werden.[2]

Neben den Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften kommen für die Haftung des Erben nach § 27 auch solche in Betracht, die auf unerlaubten Handlungen des Erblassers, als des früheren Geschäftsinhabers beruhen, sowie Verpflichtungen aus § 278, § 831 BGB. Ferner gehören dazu Verbindlichkeiten aus im Geschäftsbetrieb begangenen Verletzungen von Patent- und Urheberrechten, sowie Verpflichtungen aus unlauterem Wettbewerb u. a. m.

Für diese Verbindlichkeiten entscheidet im Zweifel die Verkehrsauffassung und im Prozeß richterliches Ermessen unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse, ob eine Geschäftsverbindlichkeit oder Privatschuld des Kaufmanns vorliegt.

Daß die Verbindlichkeiten zu der Zeit, wo die Haftung des Erben nach § 27 entsteht, fällig sind, ist nicht nötig. Auch bedingt können sie sein. Es genügt, daß die Ursache, aus der die Verbindlichkeit entstanden ist, vor dem Zeitpunkt liegt, in dem das Geschäft auf den Erben übergegangen ist.

---

[1] Stegemann S. 109.

[2] So Lehmann-Ring S. 93; Bolte, Zeitschrift Bd. 51 S. 441.

Für die Geschäftsverbindlichkeiten, die der Erbe selbst eingeht, kommt natürlich § 27 gar nicht in Betracht, für diese haftet er persönlich.

Das Gesetz sagt „frühere" Geschäftsverbindlichkeiten, nicht spricht es von den Geschäftsverbindlichkeiten „des Erblassers". Damit bringt es zum Ausdruck, daß es die Haftung des Erben aus § 27 nicht auf letztere beschränken will.[1]) Dies wird praktisch für den Fall, daß sich an die Geschäftsführung des Erblassers die des Erben nicht unmittelbar anschließt, wie z. B. bei Nacherbfolge. Der Nacherbe haftet, wenn er überhaupt nach § 27 haftbar ist, außer für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers auch für diejenigen Geschäftsverbindlichken, die vom Vorerben eingegangen worden sind.

Endlich sei hier noch erwähnt, daß es auf die Kenntnis des Erben von den Geschäftsverbindlichkeiten für die Entstehung der Haftung aus § 27 durchaus nicht ankommt.[2])

Jeder Erbe wird daher gut tun, sich, ehe er die Schuldenhaftung aus § 27 auf sich nimmt, möglichst genau zu unterrichten, wie erheblich die vorhandenen Geschäftsverbindlichkeiten sind?

## § 6.

## Beschränkung des § 27 auf Vollkaufleute.

Nachdem nun die tatsächlichen Voraussetzungen des § 27 nach allen Richtungen hin einer eingehenden Betrachtung unterzogen worden sind, sei hier, bevor auf die rechtlichen Wirkungen des § 27 eingegangen werden soll, noch eine Streitfrage allgemeiner Natur vorausgenommen. Es handelt

[1]) Bolte Bd. 51 S. 444.

[2]) So auch RG. Bd. 17 S. 98.

sich dabei um die Frage, ob die Rechtssätze der §§ 25 und 27 HGB. nur für Vollkaufleute oder auch für Minderkaufleute zu gelten haben.

Das Gesetz knüpft in den genannten Paragraphen gewisse Rechtsfolgen an die Fortführung einer bestehenden Firma. Die Firma eines Kaufmannes ist nach § 17 HGB. der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Daß die Firma im Handelsregister eingetragen ist, ist nicht unbedingt nötig; so sind die sogen. Mußkaufleute des § 1 Abs. 2 HGB. auch ohne Eintragung doch Kaufleute, während bei den sogen. Voll- und Kannkaufleuten der §§ 2, 3 HGB. die Eintragung hinzukommen muß. Dasselbe gilt natürlich auch für die Geltung des § 27. Auch hier ist die Eintragung der Firma keine unbedingt notwendige Voraussetzung.

Hier ist die Vorschrift des § 4 HGB. von Bedeutung, die besagt, daß die Vorschriften über die Firmen auf Handwerker, sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen, keine Anwendung finden. Staub[1]) behauptet nun, die Vorschriften der §§ 25, 27 HGB. seien keine Vorschriften über die Firma im Sinne des § 4 HGB., und daher werde die Anwendung der §§ 25 und 27 auf Minderkaufleute durch § 4 nicht ausgeschlossen. Dieser Ansicht Staubs kann jedoch nicht beigepflichtet werden; denn einmal gehören schon äußerlich die §§ 25, 27 zu dem dritten Abschnitt des Handelsgesetzbuchs, der mit „Handelsfirma“ überschrieben ist; ferner sind aber die genannten Paragraphen auch deshalb (gegen Staub) als Vorschriften über die Firma anzusehen, weil darin ja gerade an das Schick-

[1]) Staub I S. 140, 145.

sal der Firma, d. h. an ihre Beibehaltung oder Änderung die schwerwiegendsten Rechtsfolgen geknüpft werden.

Demnach müßte nach § 4 HGB. die Anwendbarkeit der §§ 25, 27 auf Betriebe von Minderkaufleuten ein für allemal abgelehnt werden; jedoch so unbedingt verallgemeinert darf dieser Satz doch nicht werden, wie sich später zeigen wird.

Das frühere Handelsgewohnheitsrecht, aus dem die Vorschriften der §§ 25, 27 hervorgegangen sind, bezog sich, wie auch Staub zugibt, nur auf die Betriebe von Vollkaufleuten.[1]) Die Rechtssätze der §§ 25 und 27 beruhen auf der in der Wissenschaft und Praxis längst durchgedrungenen Überzeugung, daß man es in der Firma eines Handelsgeschäfts mit einem Subjekt zu tun habe, dem man eine gewisse Selbständigkeit nicht absprechen kann, und das im Verkehr als die eigentliche Trägerin der Rechte und Pflichten des Geschäfts angesehen wird. Diese den §§ 25 und 27 zugrunde liegende Verkehrsauffassung hat aber eine wirkliche Berechtigung nur bei größeren Betrieben, nicht beim Kleinbetrieb des Minderkaufmanns, und daher muß auch von diesem Gesichtspunkte aus die Anwendung der §§ 25 und 27 auf Minderkaufleute abgelehnt werden.

Staub sagt nun weiter, es komme nicht darauf an, was die Kontrahenten im Handelsrecht seien, sondern als was sie sich gerieren. Jedoch in dieser Allgemeinheit kennt das Handelsgesetzbuch, wie das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 8. 6. 1903[2]) sagt, nicht den Satz, daß jeder Minderkaufmann, der für sein Geschäft einen ihm nicht zustehenden Namen führt und dadurch den Anschein einer

---

[1]) vgl. RG. Bd. 17 S. 96.

[2]) RG. Bd. 55 S 83.

Firmenführung hervorruft, allgemein oder doch Dritten gegenüber als Vollkaufmann gelte.

Obgleich daher allerdings die analoge Anwendung des § 27 auf Minderkaufleute, wie sie Staub fordert, als allgemeine Regel nicht anzuerkennen ist, so kann es doch vorkommen, daß ausnahmsweise § 27 auch auf den Betrieb eines Minderkaufmanns angewendet werden muß. Es ist dies der Fall, daß für ein Gewerbe, das kein Handelsgewerbe darstellt, unberechtigterweise eine Firma eingetragen worden ist. Hierüber sagt § 5 HGB. folgendes: „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre."

In Anwendung auf § 27 führt dies zu folgendem Resultate: Der Erbe eines Geschäftes, für das, obwohl es über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, trotzdem eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, kann sich einem Dritten gegenüber, der ihn gemäß § 27 für die Geschäftsschulden haftbar macht, nicht darauf berufen, daß er aus der Firmenfortführung nicht haftbar geworden sei, weil das ererbte Geschäft ein Kleingewerbe sei.

Abgesehen von diesem Ausnahmefall ist jedoch die Anwendbarkeit des § 27 auf die Betriebe von Vollkaufleuten zu beschränken.[1])

---

[1]) So Lehmann-Ring I S. 89; Düringer-Hachenburg I S. 97; Makower S. 57; Bolte, Zeitschrift Bd. 51 S. 432.

## II. Teil.

# Die Rechtswirkungen des § 27.

### § 7.

## Die rechtliche Natur der Haftung aus § 27.

Nach § 27 sollen bei Fortführung eines zu einem Nachlaß gehörenden Handelsgeschäfts durch den Erben die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung finden. Das Gesetz spricht damit den Grundsatz aus, daß der Erbe eines Geschäfts dann für die bestehenden Geschäftsverbindlichkeiten haften soll, und zwar unbeschränkt, wenn auch im Falle des Erwerbs unter Lebenden unbeschränkte Haftung des Erwerbers eintreten würde.[1])

Bei entsprechender Anwendung des § 25 auf den Tatbestand des § 27 ergibt sich folgendes Resultat: Der Erbe haftet für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, wenn er das ererbte Geschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt; er haftet nicht, wenn er das Geschäft unter einen neuen Firma fortführt.

Es wird sich später zeigen, daß der eben aufgestellte Grundsatz dadurch, daß auch die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach Bürgerlichem Gesetzbuch zu berücksichtigen sein wird, vielfach durchbrochen wird, aber

[1]) Staub S. 150.

immerhin ist es von Wert, zunächst obigen Grundgedanken als das dem § 27 zugrunde liegende Prinzip festzuhalten.

Für § 27 kommen die Rechtssätze des § 25 natürlich nur insofern in Betracht, als sie die Haftung für die Schulden betreffen. Für die Forderungen des Geschäfts bedurfte es keiner ausdrücklichen Bestimmung in § 27, da sie ipso jure auf den Erben übergehen und es für sie bei den allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs bewendet.[1])

Es drängt sich hier die Frage auf, warum der Gesetzgeber es für notwendig erachtet hat, für die Haftung des Erben für die Schulden eines zum Nachlaß gehörenden Geschäfts noch besondere Bestimmungen in § 27 zu geben, da doch der Erbe schon nach Bürgerlichem Gesetzbuch für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet.

Die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs sagt, daß sich eine gesetzliche Regelung der Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäfts nötig machte, da das alte Handelsgesetzbuch hierüber noch nichts sagte und die Rechtsprechung und auch die Wissenschaft bisher noch nicht zu völlig sicheren Resultaten gelangt war.

Man empfand in der Wissenschaft, wie bei der Rechtsprechung, daß hier die allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften nicht genügten. Man hatte erkannt, daß in der Firma ein Subjekt vorhanden ist, das von der Person des Geschäftsherrn insoweit unabhängig ist, daß es diesen sogar überlebt. Man sah ein, daß auch nach dem Tode des Geschäftsherrn in dem Geschäft, das sich in der Firma verkörpert, ein Subjekt vorhanden ist, an das sich die Geschäfts-

[1]) Denkschr. zum HGB. S. 38.

gläubiger nach wie vor halten können. Diese Erkenntnis hat, wie wir sahen, Mommsen dazu geführt, dem Firmengeschäft Rechtspersönlichkeit zuzusprechen. Das Handelsgesetzbuch ist nicht so weit gegangen, sondern es hat die Idee von der Selbständigkeit und Rechtspersönlichkeit nur insoweit anerkannt, als sich ihre Konsequenzen zugleich auf die Grundlage eines Willensaktes der Beteiligten stellen lassen.[1])

Die Denkschrift[2]) begründet die aus der Firmenfortführung nach §§ 25, 27 HGB. entstehende Haftung damit, daß derjenige, der die Firma, wenn auch mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz, fortführe, damit seine Absicht erkläre, in die Geschäftsbeziehungen soweit als möglich einzutreten.

Natürlich kann nicht davon die Rede sei, daß demjenigen, der die Firma fortführt, daran gelegen sei, auch die Schulden des Geschäfts auf sich zu nehmen, vielmehr ist es die Rücksicht auf den Vorteil, eine bestehende Firma beibehalten zu können, die ihn bestimmt, sich dabei auch dem Nachteile der Haftung für die Schulden zu unterziehen.

Diese Begründung der Denkschrift gibt zugleich Aufschluß über die rechtliche Natur der Haftung aus § 27. Diese ist nicht, wie Schulteß[3]) behauptet, eine Haftung erbrechtlicher Art, sondern sie beruht auf der vom Gesetz in der Beibehaltung der Firma erblickten Schuldübernahmeerklärung des fortführenden Erben. Bolte[4]) nennt die unbeschränkte Haftung aus § 27 HGB. die „direkte“ Haftung, um sie von der erbrechtlichen unbeschränkten Haftung nach

---

[1]) Bolte, Zeitschr. Bd. 51 S. 429.

[2]) Denkschr. zum Entwurf eines HGB. S. 39.

[3]) Schulteß S. 35ff.

[4]) Bolte S. 437 Anm. 33.

Bürgerlichem Gesetzbuch zu unterscheiden, und es soll im folgenden diese Bezeichnung Boltes für die Haftung aus § 27 beibehalten werden. Ihrem Umfange nach ist allerdings die Haftung aus § 27 HGB. dieselbe wie die unbeschränkte Haftung des Erben nach Bürgerlichem Gesetzbuch, d. h. in beiden Fällen tritt eine Haftung des Erben nicht nur mit dem Nachlaß, sondern auch mit dem eigenen Vermögen ein. Dies braucht aber noch nicht dazu zu führen, auch in der direkten Haftung aus § 27 eine Haftung erbrechtlicher Art zu erblicken. Gegen Schulteß spricht der Umstand, daß sich der engste Zusammenhang des § 27 mit § 25 nicht wegleugnen läßt. Der innere Grund der aus der Firmenfortführung entstehenden Haftung liegt sowohl in § 25 als in § 27 in der Willenserklärung, die das Gesetz als in der Beibehaltung der Firma liegend vermutet.

Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach Bürgerlichem Gesetzbuch bleibt selbstverständlich daneben bestehen. Aber es gibt keinen Grund, ihn nur als Erben haften zu lassen und für ihn keine Haftung aus der Beibehaltung der Firma erwachsen zu lassen, und ihn somit günstiger zu stellen als den Erwerber unter Lebenden.[1])

Schulteß sagt, § 27 wolle zwischen den erbrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dem in § 25 enthaltenen Gedanken vermitteln. Für die Annahme einer solchen Vermittelung liegt jedoch gar kein zwingender Grund vor. § 27 soll nicht vermitteln, sondern er soll dem Erben neben seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nach Bürgerlichem Gesetzbuch unter gewissen Voraussetzungen noch eine weitere, auf dem selbständigen Verpflichtungsgrund

[1]) vgl. Stegemann S. 107.

der Firmenfortführung beruhende Haftung auferlegen. Diese Haftung aus § 27 ist ganz dieselbe ihrer Art nach, wie die des § 25. Daß den das Geschäft fortführenden Erben daneben noch eine erbrechtliche Haftung trifft, die sich durch den Gebrauch der Rechtsbehelfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs verschieden gestalten kann, ist für die rechtliche Natur der „direkten" Haftung aus § 27 ganz gleichgültig.

Schulteß sagt, der Zweck des § 25 liege darin, den Geschäftsgläubigern eine erhöhte Sicherheit zu gewährleisten, indem man sowohl den Veräußerer wie den Erwerber eines Geschäfts bei Firmenfortführung haften läßt, dieser Zweck könne aber bei § 27 nicht erreicht werden. Dem ist jedoch folgendes entgegenzuhalten: Es ist ja richtig, daß die Erbenhaftung und die „direkte" Haftung aus § 27 ein und dieselbe Person treffen. Aber trotzdem kann doch auch hier die Sicherheit der Gläubiger durch Hinzukommen der „direkten" Haftung aus § 27 erhöht werden; denn es sind doch, wenn auch nur eine Person, so doch trotzdem zwei getrennte Vermögensmassen, der Nachlaß und das eigene Vermögen des Erben vorhanden, und da die „direkte" Haftung aus § 27 für den Erben bestehen bleibt, selbst wenn er im übrigen seine Haftung für die Nachlaßschulden durch Rechtsbehelfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs beschränkt hat, so erhöht allerdings das Hinzukommen der direkten Haftung aus § 27 die Sicherheit der Geschäftsgläubiger.

Abgesehen davon hat aber Schulteß überhaupt nicht recht, wenn er sagt: Der Wert der Vorschrift des § 25 liege nur in der erhöhten Sicherstellung der Gläubiger. Nein, der Wert der Vorschrift liegt nicht nur in einem einseitigen Schutz der Gläubiger, sondern vor allen Dingen in der Berücksichtigung des selbständigen Charakters der Firma, und

erst weil man in ihrem Interesse gesetzlich zuläßt, daß das Geschäft ohne äußerliche Veränderung der Firma in andere Hände übergehen kann, hat man an die Firmenfortführung einen erhöhten Schutz der Geschäftsgläubiger knüpfen zu müssen geglaubt. Der Übergang eines Geschäfts in andere Hände hat für die Gläubiger immer eine gewisse Unsicherheit zur Folge. Darum werden sie, wenn sie davon Kenntnis erhalten, sich bei einem Verkauf eines Geschäfts an die Kaufvaluta des früheren Inhabers halten oder das Veräußerungsgeschäft anfechten. Bei Inhaberwechsel durch Todesfall können sie ihre Forderungen dem Nachlaßverwalter gegenüber oder im Aufgebot der Nachlaßgläubiger geltend machen. Wenn nun aber die Gläubiger den Inhaberwechsel, sei es unter Lebenden, sei es von Todes wegen zufällig erst verspätet erfahren, was gerade dadurch möglich wird, daß die Firma unverändert weitergeführt werden kann, so könnten die Gläubiger dadurch Schaden erleiden, z. B. wenn sie sich nicht mehr an die Verkaufsvaluta des früheren Inhabers halten können, weil diese bereits wieder anders in Anspruch genommen worden ist. Deshalb macht sich das Bedürfnis geltend, die Gläubiger dadurch zu schützen, daß man denjenigen, der die erworbene Firma unverändert weiterführt, gerade wegen und aus dieser Fortführung heraus den Geschäftsgläubigern unbeschränkt haften läßt.[1])

Schulteß bezieht sich nun weiter zur Rechtfertigung seiner Ansicht, daß die Haftung aus § 27 erbrechtlicher Art sei, auf den letzten Satz des § 27 HGB. In diesem letzten Satze des § 27 liegt nun allerdings insofern ein Hinweis auf das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, als darin bestimmt

[1]) Bolte S. 431.

ist, daß die Einstellungsfrist des § 27 Abs. 2 nicht vor dem Ablauf der Frist für die Ausschlagung der Erbschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch enden soll. Hieraus sind jedoch sehr verschiedene Schlußfolgerungen gezogen worden.

Schulteß[2]) kommt zu folgendem Resultat: „Jener Satz ist nicht überflüssig, obwohl es selbstverständlich ist, daß, solange der Erbe die Erbschaft noch ausschlagen kann, auch eine endgültige Bestimmung über die Haftung nicht erfolgen kann. Der sprachlich genaue Gesetzgeber konnte jenen Satz nicht entbehren. Wenn er ihn weggelassen hätte, so wäre es doch sehr fraglich, ob die Wissenschaft ihn einfach so interpretieren dürfte, wie dieser Satz es jetzt ausspricht."

Schulteß widerspricht sich selbst. Wenn man sich mit Schulteß auf den Standpunkt stellt, daß die Haftung aus § 27 eine nur verschärfte, erbrechtliche ist, dann ist es doch durchaus nicht fraglich, ob, wie er sagt, die Wissenschaft diesen Satz einfach so interpretieren dürfte, daß die Einstellungsfrist des § 27 Abs. 2 nicht ablaufen kann, solange der Erbe noch die ganze Erbschaft ausschlagen kann, sondern dann wäre diese Auslegung selbstverständlich und es wäre überflüssig, dies im letzten Satz des § 27 noch ausdrücklich auszusprechen.

Noch unhaltbarer ist folgende weitere Schlußfolgerung von Schulteß: Wenn der fragliche Satz nicht vorhanden wäre, würde eine Vermutung dafür sprechen, daß die Frist unabhängig von der Ausschlagungsfrist sei, und gerade daraus müßte dann geschlossen werden, daß die Haftung in § 27 doch anderer Natur ist als die erbrechtliche. Nein, wenn man sich wie Schulteß einmal zu der Auffassung bekennt,

---

[1]) Schulteß S. 25/26 Anm. 1.

die Haftung aus § 27 sei erbrechtlicher Natur, dann bedarf es keines ausdrücklichen Hinweises auf das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, und erst recht könnte man dann nicht aus einem etwaigen Fehlen eines solchen Hinweises folgern, die Haftung sei nicht erbrechtlicher Natur. Wenn eine gesetzliche Bestimmung auf eine andere nicht verweist, so schließt sie sie dadurch auch noch nicht aus.

Beizustimmen ist Bolte,[1]) der im Gegensatz zu Schulteß etwa folgendes ausführt: „Wäre die Haftung aus § 27 nichts anderes, als eine besondere Art derjenigen Haftung, welche dem Erben auf Grund des Anfalles der Erbschaft für die Schulden des Erblassers obliegt, so würde auch eine nach Eintritt der direkten Haftung erfolgende, an sich rechtzeitige Ausschlagung der Erbschaft den Erben ohne weiteres befreien (§ 1953 Abs. 1 BGB.). Es wäre also überflüssig, den Eintritt der direkten Haftung von dem endgültigen Verluste des Ausschlagungsrechts abhängig zu machen. Daraus, daß der Gesetzgeber dies tut, geht hervor, daß die direkte Haftung eine besondere Verpflichtung begründet, die aus Zweckmäßigkeitsgründen nach der erbrechtlichen Verbindlichkeit zugeschnitten wird."

Die direkte Haftung aus § 27 ist also durchaus nicht erbrechtlicher Natur. Die Erbenhaftung nach Bürgerlichem Gesetzbuch bleibt neben der direkten aus § 27 bestehen, und diese berührt es in keiner Weise, wenn der Erbe durch die Rechtsbehelfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs seine Haftung für die sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt hat. Die Geschäftsgläubiger können sich, wenn einmal die direkte Haftung aus § 27 endgültig entstanden ist, auch jetzt noch an den Erben und sein eigenes Vermögen halten.

---

[1]) Bolte S. 456.

Und es liegt auch darin durchaus keine Härte, daß dem Erben aus der Beibehaltung der bisherigen Firma eine so strenge Haftung erwachsen soll. Darin liegt nur ein Gegengewicht gegen den bedeutenden Vorteil, der für den Erben darin liegt, daß er die bisherige Firma beibehalten kann. Das Geschäft wird dadurch vor schweren Schäden bewahrt; denn eine Änderung der Firma beeinträchtigt den ruhigen, steten Fortgang des Geschäfts. Den Kunden und Lieferanten des Geschäfts kommt der Wechsel des Geschäftsinhabers, selbst wenn sie davon benachrichtigt worden sind, gar nicht so zum Bewußtsein, wenn sie nach wie vor mit derselben Firma ihre Geschäfte abschließen.

Allerdings darf man den Wert und die Bedeutung der Firma nicht überschätzen. Freilich weiß die Handelswelt in der Regel ganz genau, ob hinter einer bedeutenden Firma auch ein tüchtiger Kaufmann als Inhaber steht, und der Kredit, den ein Geschäft genießt, bemißt sich allerdings ebenso sehr, wie nach dem bewährten Ruf der Firma, auch nach der Persönlichkeit des Geschäftsinhabers.

Dies hängt alles von den tatsächlichen Verhältnissen ab. Auf der einen Seite muß anerkannt werden, daß der Ruf einer Firma, mag er noch so glänzend sein, verloren gehen kann, wenn dieselbe in unfähige Leitung kommt, aber andererseits ist auch nicht zu leugnen, daß es für den Durchschnittsmenschen, der sich weder besonders tüchtig, noch besonders unfähig als Kaufmann erweist, bei weitem leichter ist, den guten Ruf einer Firma zu erhalten und auszunutzen, als ihn einer neubegründeten Firma zu erwerben.

Es sollen nun die beiden Möglichkeiten der Geschäftsfortführung durch den Erben unter Beibehaltung oder Veränderung der bisherigen Firma mit entsprechender Anwendung

der Rechtssätze des § 25 einzeln betrachtet werden, dabei soll hier, abweichend von der Reihenfolge des Gesetzes, zuerst der Fall betrachtet werden, wo der Erbe bei seiner Geschäftsfortführung dem Geschäft eine neue Firma gibt, weil in diesem Falle die Gestaltung der Haftung des Erben einfacher und klarer ist.

## § 8.

## Fortführung des Geschäfts unter Veränderung der Firma.

Staub[1]) sagt, in der Fortführung des Geschäfts unter Veränderung der Firma liege eine deutliche Erklärung der Annahme der Erbschaft, weil darin eine deutliche Verfügung über ein Nachlaßobjekt liege.

Dem kann jedoch nicht beigestimmt werden. So unbedingt braucht darin eine Annahme der Erbschaft nicht erblickt zu werden. Vielmehr wird es auf die konkreten Umstände ankommen, aus deren Gesamtheit bei Fortführung des Geschäfts ohne die bisherige Firma entnommen werden muß, ob eine (und zwar unbedingte und unbefristete nach BGB. § 1947) Annahme der Ebschaft darin zu erblicken sei.[2])

Interessant ist hier die Betrachtung eines speziellen Falles, der im Leben, bei Vererbung eines Geschäfts vom Vater auf den Sohn, immerhin nicht selten vorkommen wird. Es ist der Fall, daß Erblasser und Erbe gleiche Vor- und Familiennamen haben. Hier herrscht Streit darüber, ob in solchen Fällen, wenn der Erbe das Geschäft fortführt, ohne

---

[1]) Staub S. 150; ebenso Böhme S. 423.

[2]) So Goldmann, Komm. S. 131.

an der Firma irgend etwas zu ändern oder ihr einen Zusatz beizufügen, darin Fortführung der Firma des Erblassers oder Benennung des Geschäfts nach dem Erben liegt.

Staub[1]) sagt, in diesem Falle gelte das dem Erben günstigere, dabei sieht er die Beibehaltung der bisherigen Firma als das dem Erben günstigere an, obwohl doch gerade in diesem Falle ihm die Haftung aus § 27 BGB. erwächst. In vielen Fällen wird allerdings Staub hiermit recht haben; denn stets, wenn die Geschäftsaktiva den Wert der Passiva übersteigen, wird die an die Firmenfortführung geknüpfte Haftung dem Erben keine Schwierigkeiten machen, während er den Vorteil der Beibehaltung der bisherigen Firma genießt. Aber manchmal werden doch auch die Geschäftsverbindlichkeiten so groß sein, daß das dem Erben günstigere die Fortführung des Geschäfts ohne die Firma sein wird. Bolte[2]) sagt, man könne in solchem Falle mangels Beweises die Rechtsfolgen des § 27 HGB. nicht eintreten lassen.

So richtig diese letztere Ansicht vom prozessualen Standpunkte aus ist, und auf einen Prozeß läuft im praktischen Leben schließlich jede Streitfrage unter kontrahierenden Parteien hinaus, so wird man doch, ohne unbillig zu sein, noch weiter gehen und folgenden strengeren Standpunkt einnehmen können.

Wenn der Erbe die Firma nicht ändert, so trifft ihn die direkte Haftung aus § 27 HGB.; denn einmal erweckt er dadurch Dritten gegenüber den Anschein, als ob er gewillt wäre, die aus der Firmenbeibehaltung erwachsende Haftung auf sich zu nehmen; andererseits hat doch auch der Erbe

---

[1]) Staub S. 153.

[2]) Bolte S. 434, in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 51.

ein sehr bequemes Mittel, um nach außen kenntlich zu machen, daß er nicht den Namen des Erblassers, sondern seinen eigenen Namen in der Firma führt. Er braucht ja nur der bisherigen Firma den Zusatz „junior“ beizufügen, dann erkennt jeder Dritte, daß das Geschäft den Namen des Erben und nicht den des Erblassers führt. In dem Worte „junior“ liegt nicht ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz im Sinne des § 25, sondern ein Kennzeichen dafür, daß der Erbe die bisherige Firma nicht beibehält, sondern dem Geschäft seinen eigenen Namen gegeben hat. Unterläßt es aber der Erbe, auf diese Art die Sachlage zu klären, so hat er seinen guten Grund dazu. Er ist sich des Vorteils bewußt, der ihm daraus entsteht, daß er das Geschäft unter dem bewährten Ruf der bisherigen Firma weiterführen kann, wodurch er sich und dem Geschäft die Schädigung erspart, die aus einer Änderung der Firma erwächst. Kurz, der Erbe will in diesem Falle den Vorteil der Beibehaltung der Firma genießen; dann soll er auch den Nachteil derselben auf sich nehmen und muß sich der Schuldhaftung aus § 27 HGB. unterziehen.[1])

Der Fall, daß der Erbe das Geschäft ohne die bisherige Firma fortführt, gestaltet sich insofern sehr einfach und klar, als hier im Regelfalle keine besondere handelsrechtliche Haftung entsteht, sondern der Erbe für die Geschäftsverbindlichkeiten, ebenso wie für die sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten nur nach den erbrechtlichen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs haftet. Eine besondere handelsrechtliche Haftung tritt nach § 27, in Verbindung mit § 25 Abs. 3 HGB. nur ein, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt,

---

[1]) vgl. auch Lehmann-Ring S. 98.

insbesondere, wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erben bekannt gemacht worden ist.

Diese Haftung trifft aber natürlich nur die Geschäftsverbindlichkeiten. Die anderen Nachlaßgläubiger können daraus keine Rechte herleiten. Aber andererseits kann auch die Haftung aus besonderem Verpflichtungsgrund, wenn einmal entstanden, durch die Rechtsbehelfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht wieder behoben werden.[1])

Worin kann nun ein besonderer Verpflichtungsgrund für den Erben liegen? Der Erbe kann kraft letzten Willens des Erblassers[2]) verpflichtet sein, die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten zu übernehmen, selbst wenn er die bisherige Firma nicht fortführen sollte. Oder es ist denkbar, daß der Erbe vielleicht schon bei Lebzeiten des früheren Inhabers sich dessen Gläubigern gegenüber verpflichtet hat, nach dessen Tode für die Geschäftsverbindlichkeiten nicht nur als Erbe mit dem Nachlaß, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen haften zu wollen. Besonders erwähnt ist im Gesetz der Fall, daß die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber, hier also vom Erben, bekannt gemacht worden ist. Was „handelsüblich" ist, darüber entscheidet in erster Linie die Handelssitte. Es ist darüber folgendes zu sagen[3]):

Als handelsüblich hat vor allem zu gelten die Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten durch Zirkulare, die an den Kundenkreis versandt werden. Hierbei ist es gleichgültig, ob auch jeder einzelne, dem eine Forderung an

---

[1]) Staub I S. 151; Lehmann-Ring I S. 99.

[2]) Düringer-Hachenburg S. 125.

[3]) vgl. Staub I S. 145; Düringer-Hachenburg I S. 118/19.

das hinterlassene Geschäft zusteht, ein solches Zirkular erhalten hat. Wenn nur der betreffende Gläubiger nicht gerade mit seiner Forderung in dem Zirkular ausgeschlossen worden ist.[1]) Andererseits muß aber das „Zirkular" so abgefaßt sein, daß daraus ersichtlich ist, daß es für die Öffentlichkeit, d. h. nicht nur für einige ganz bestimmte Gläubiger berechnet ist. Unter Kaufleuten sind hierbei gedruckte Zirkulare üblich, wobei man dann in der Regel schon aus dem Umstande, daß zur Vervielfältigung durch Druck geschritten worden ist, schließen kann, daß das Zirkular für die Öffentlichkeit bestimmt sein soll.

Wenn aber der Erbe beispielsweise in Briefen einer beschränkten Anzahl von Gläubigern mitteilt, daß er für die ihnen gegen das Geschäft zustehenden Forderungen einstehen wolle, dann kann noch nicht jeder andere Geschäftsgläubiger den Erben haftbar machen, denn es liegt hier weder eine allgemeine, noch eine spezielle Bekanntmachung an alle Gläubiger vor.

Erforderlich und genügend ist eine Benachrichtigung an eine so erhebliche Zahl von Gläubigern, daß sich hieraus und aus dem objektiven Inhalt derselben auf den Willen des Erben schließen läßt, daß die Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten dem Kreise der Geschäftsgläubiger überhaupt bekannt werden soll.[2])

Die Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten muß natürlich in dem Zirkular deutlich zum Ausdruck kommen, eine Anzeige nur der Geschäftsübernahme genügt an sich noch

---

[1]) So auch RG. Bd. 17 S. 98, Bd. 38 S. 173.

[2]) vgl. hierüber Staub I S. 145; Düringer-Hachenburg I S. 119; Goldmann S. 111; Makower S. 59.

nicht. Dagegen würde nach Handelssitte auch letztere genügen, wenn mit ihr eine alle Passiven des Geschäfts enthaltende Bilanz veröffentlicht wird. Als handelsüblich hat ferner zu gelten eine entsprechende Bekanntmachung durch öffentliche Blätter oder Bekanntmachung einer Erklärung zum Handelsregister.

Das Handelsgesetzbuch erhebt hier, indem es für den Erben, wie überhaupt für den Erwerber eines Handelsgeschäfts, eine bindende Verpflichtung aus seiner einseitigen, keiner Annahme bedürftigen Willenserklärung entstehen läßt, eine Handelssitte zum Gesetz, die schon früher als Handelsgewohnheitsrechtssatz in der Wissenschaft und Rechtsprechung allgemein anerkannt wurde.[1])

Über die juristische Konstruktion dieser auf einseitiger Erklärung beruhenden Gebundenheit des Erben läßt sich streiten. Die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die bindende Offerte (BGB. §§ 145 ff.), sowie über die Auslobung (§§ 657 ff.) können hier nicht als Grundlage dienen. Das Gesetz hat vielmehr hier in der richtigen Erkenntnis, daß es einer im Handelsverkehr ganz allgemein anerkannten Auffassung gesetzliche Anerkennung nicht versagen darf, einen Sonderrechtssatz aufgestellt, der sich zwar in seiner juristischen Konstruktion mit unseren heutigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen schwer in Einklang bringen läßt, der sich aber um so mehr durch die Rücksicht auf Treu und Glauben rechtfertigt.[2])

---

[1]) Ebenso Staub I S. 146; vgl. auch Bolte, Zeitschr. Bd. 51 S. 470; Stegemann S. 133; anders Gareis, Lehrbuch S. 63.

[2]) vgl. Staub I S. 146, 33; Stegemann S. 133; anders Bolte S. 470; Schulteß S. 21.

§ 9.

## Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma.

Für den Fall, daß der Erbe das ererbte Handelsgeschäft unter Beibehaltung der bisherigen Firma fortführt, ergibt sich aus § 27 in Verbindung mit § 25 folgendes:

Der Erbe, der das Geschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, wenn er nicht von der Einstellungsfrist des § 27 Abs. 2 Gebrauch macht.

Die Absicht des Erben, die bisherige Firma beizubehalten, wird sich im Verkehr verschieden äußern. Man hat es auch hier wie oben, als es galt festzustellen, welche Tätigkeit zur „Fortführung" eines Geschäfts im Sinne des Gesetzes gehört, insofern mit einem flüssigen Begriff zu tun, als man nicht ohne weiteres in dem Abschluß des ersten kaufmännischen Rechtsgeschäfts unter der bisherigen Firma durch den Erben die definitive Beibehaltung der bisherigen Firma erblicken kann. Vielmehr kann der Erbe auch bei Besorgung erbschaftlicher Geschäfte sich der alten Firma einstweilen bedienen, und seine Absicht, dieselbe endgültig beizubehalten, wird sich nur entweder aus einer ausdrücklichen Erklärung seinerseits oder aus einem wiederholten Gebrauch der bisherigen Firma erkennen lassen.

Das Gesetz sieht es auch als Beibehaltung der bisherigen Firma an, wenn derselben ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz beigefügt wird. So kann z. B. die Firma „Moritz Müller" von dem Erben als „Moritz Müllers Nachf." oder als „Fritz Schultze, vormals Moritz Müller" beibehalten

werden.[1]) Trotz Hinzufügens des eigenen Namens zur bisherigen Firma liegt hier noch Fortführung derselben vor.

Zunächst tritt bei Fortführung der bisherigen Firma durch den Erben ein Schwebezustand ein. Der Erbe haftet erst dann unbeschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten aus der Firmenfortführung, wenn die Fortführung des Geschäfts nicht vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird.

Die Denkschrift zum Entwurf des Handelsgesetzbuchs[2]) rechtfertigt die Einstellungsfrist damit, daß sie sagt, es würde zu weit gehen, den Erben schon dann, wenn er nicht alsbald nach dem Tode des Erblassers das Geschäft aufgibt oder eine neue Firma annimmt, entgegen den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs schlechthin unbeschränkt haften zu lassen.

Ihrer rechtlichen Natur nach hat man die Einstellungsfrist weder als aufschiebende, noch als auflösende Bedingung anzusehen,[3]) wie es von manchen Seiten geschehen ist. Die Denkschrift nennt die Frist ein spatium deliberandi. Der Erbe soll sich also in dieser Frist erst überlegen, was er tun will. Während des Laufs dieser Frist entsteht für ihn weder eine beschränkte noch eine unbeschränkte Haftung aus § 27, nil actum est. Dieser Auslegung allein entspricht auch der Ausdruck des Gesetzes, daß die Haftung „nicht eintritt".

---

[1]) So auch Staub S. 129; Bolte Bd. 51 S. 433.

[2]) Denkschrift S. 38.

[3]) Bolte, Zeitschr. Bd. 51 S. 446; anders Makower S. 63, der sich für „auflösende" Bedingung ausspricht.

Aus welchen Gründen die Einstellung der Fortführung des Geschäfts erfolgt, ist gleichgültig. Mag der Erbe freiwillig einstellen, oder zwangsweise durch das Nachlaßgericht an der Fortführung des Geschäfts gehindert werden (BGB. § 1960), die ihm günstigen Rechtswirkungen treten in diesem wie in jenem Falle ein.

Wann liegt nun im Sinne des Gesetzes eine Einstellung der Fortführung des Geschäfts vor?

Hier werden sehr verschiedene Ansichten von namhaften Juristen vertreten. Das Gesetz drückt sich nicht klar und bestimmt genug aus, und es blieb daher der Wissenschaft vorbehalten, das was der Gesetzgeber in unklarem gelassen hat, durch sinngemäße Auslegung der vorhandenen Bestimmungen zu entscheiden. Dabei ist man zu folgenden Ergebnissen gelangt:

Die einen sind der Ansicht, die Fortführung des Geschäfts müsse, wenn eine Einstellung vorliegen soll, gänzlich aufhören, das Geschäft müsse überhaupt aufgelöst werden. Andere sagen, es komme nur darauf an, daß diejenige Fortführung eingestellt werde, die die direkte Haftung aus § 27 HGB. überhaupt nur zu bewirken imstande ist. Diese Ansicht hat wieder zu verschiedenen Schlußfolgerungen geführt, indem die einen sagen, es liege eine Einstellung im Sinne des § 27 Abs. 2 schon darin, daß die Fortführung des Geschäfts „unter der bisherigen Firma“ aufhöre, d. h. es genüge, daß der Erbe, obwohl er selbst das Geschäft weiter fortführt, während der Einstellungsfrist die bisherige Firma aufgibt und eine neue für das alte Geschäft annimmt. Auf der anderen Seite wird Wert darauf gelegt, daß gerade der „Erbe“ die Fortführung des Geschäfts einstellt. Nach dieser Ansicht ist es daher auch als Einstellung zu betrachten,

wenn das Geschäft von einem Dritten, der es dem Erben abgekauft hat, weitergeführt wird.

Alle diese Ansichten vertragen sich mit dem Wortlaute des Gesetzes, und es soll nun erörtert werden, welche davon dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers entspricht. Das Gesetz sagt, die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 solle nicht eintreten, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablauf einer gewissen Frist, über die später noch zu sprechen sein wird, eingestellt wird. Es kann sich hier nur um eine Einstellung derjenigen Fortführung handeln, die allein nach § 25 Abs. 1 den Eintritt der unbeschränkten Haftung bewirken kann. Es ist dies „die Fortführung des Geschäftes unter der bisherigen Firma durch den Erben". Fehlt bei Ablauf der Überlegungsfrist auch nur eins dieser Momente der Fortführung, so liegt eine Einstellung im Sinne des § 27 Abs. 2 vor.

Der Begriff „einstellen" bildet den Gegensatz zu dem oben näher besprochenen Begriff „fortführen". Fehlt es an einem Begriffsmoment der „Fortführung", so liegt „Einstellung" vor, und umgekehrt.

Die Einstellung braucht nicht plötzlich, mit einem Schlag vor sich zu gehen, es genügt vielmehr auch eine allmähliche, aber wesentliche Störung des Geschäftsbetriebs für einen so erheblichen Zeitraum, daß dadurch die regelmäßige Abwicklung der laufenden Geschäfte unmöglich gemacht wird, sodaß sich daraus unzweideutig die Absicht des Inhabers erkennen läßt, die Fortführung des Geschäfts überhaupt nicht wieder aufzunehmen, sondern den Betrieb still stehen zu lassen. Eine Liquidation ist nach allgemeiner Ansicht nicht zu erfordern. Es ist oben bereits gesagt worden, daß sich der Gesetzgeber in § 27 Abs. 2 nicht klar

und bestimmt genug ausgedrückt hat, so daß man bei Auslegung dieser Vorschrift zu sehr verschiedenen Resultaten gelangt ist, und es ist auch bereits insoweit Stellung zu dieser Streitfrage genommen worden, daß gesagt wurde, eine Einstellung im Sinne des § 27 Abs. 2 liege dann vor, wenn man nicht mehr von einer „Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma durch den Erben" sprechen kann. Diese Ansicht führt nun zu folgenden Konsequenzen:

Eine Einstellung liegt auch schon dann vor, wenn sich der Erbe, der zunächst das Geschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt hat, in der ihm erst im Laufe der Geschäftsfortführung gekommenen Erkenntnis, daß er den Verbindlichkeiten des Geschäfts nicht gewachsen sein werde, dazu entschließt, die alte Firma fallen zu lassen und dem Geschäft eine neue zu geben.[1]) Diese Auffassung verträgt sich allerdings schlecht mit dem Wortlaute des Gesetzes, entspricht aber um so mehr dem Sinne desselben. Es braucht nicht gefordert zu werden, daß der Erbe das Geschäft überhaupt auflöst. Es genügt die Firmenänderung, und zwar deshalb, weil nach Aufgabe der bisherigen Firma eines der Momente fehlt, die, wie oben gezeigt, zusammentreffen müssen, um die direkte Haftung aus § 27 nach Ablauf der Einstellungsfrist zu bewirken. Die Einstellungsfrist ist doch dazu da, daß der Erbe noch eine Zeitlang tun und lassen kann, was er will, ohne sich aus § 27 haftbar zu machen. Der Erbe konnte ja gleich bei Beginn der Fortführung die bisherige Firma ablegen, warum soll er dies nicht auch noch während der vom Gesetz gegebenen Überlegungsfrist tun können.

Man schadet auch durchaus den Geschäftsgläubigern

[1]) So auch Makower S. 63; Stegemann S. 112.

nicht, wenn man gestattet, daß der Erbe sich nicht nur durch völlige Auflösung des Geschäfts von der Haftung, die ihm aus der einstweiligen Beibehaltung der bisherigen Firma zu erwachsen droht, befreien kann; denn in der Regel wird für die Geschäftsgläubiger bei einer Auflösung des Geschäfts weniger herauskommen, als wenn (natürlich vorausgesetzt, daß das Geschäft überhaupt lebensfähig ist) die Geschäfte in ihrem alten Gange weiter betrieben werden.

Sehr verschieden wird nun weiter die Frage beantwortet, ob in einer Veräußerung des Geschäfts durch den Erben eine Einstellung liege. Man wird auch darin eine Einstellung zu erblicken haben;[1]) denn der „Erbe" führt nach der Veräußerung das Geschäft nicht mehr fort, und auf seine Fortführung kommt es ja allein an.

Natürlich haftet der Erbe als solcher auch nach der Veräußerung des Geschäfts weiter, und die Geschäftsgläubiger können sich namentlich an den Erlös halten, den der Erbe aus der Veräußerung erzielt hat. Auf den Verkauf des Geschäfts seitens des Erben an einen Dritten finden die Vorschriften des § 25 Anwendung. Und es wird zu seinen Gunsten betreffs seiner Erbenhaftung die fünfjährige Verjährungsfrist des § 26 laufen.

Eine andere Ansicht hat freilich betreffs Veräußerung des Geschäfts mit der bisherigen Firma das Reichsgericht[2]) in einer Entscheidung vom 2. 12. 1903 vertreten, wo es in der Begründung etwa folgendermaßen heißt:

Nur die völlige Aufgabe des Geschäfts oder der Firma läßt nach außen erkennen, daß die Firma, unter der die Ver-

[1]) Ebenso Goldmann S. 134; Bolte S. 447; Düringer-Hachenburg S. 126; anders Staub S. 155; Lehmann-Ring S. 100.

[2]) RG. Bd. 56 S. 199.

bindlichkeiten eingegangen sind, nicht mehr besteht und gibt dadurch den Geschäftsgläubigern einen besonderen Anlaß, ihre Rechte wahrzunehmen. Dagegen ist die Übertragung des Geschäfts mit Firma auf einen Dritten nur geeignet, der Annahme der Kontinuität der alten Geschäftsbezeichnungen Vorschub zu leisten. Durch diese Handlung macht sich der Erbe in bejahendem Sinne über die endgültige Fortführung der Firma schlüssig; denn nach außen wird in bezug auf den Fortbestand der alten Geschäftsbeziehungen zu Dritten derselbe Eindruck erweckt, ob er das Geschäft und die Firma selbst fortführt oder durch einen Dritten fortführen läßt.

Das Reichsgericht hat hier geglaubt, die Geschäftsgläubiger schützen zu müssen, da eine Veräußerung des Geschäfts seitens des Erben, bei der der Erwerber das Recht erhält, die vorherige Firma beizubehalten, vor sich gehen kann, ohne daß sie etwas davon merken.

Hier ist jedoch folgendes zu bedenken: Es ist zwar denkbar und mag vielleicht auch vorkommen, daß sich eine Geschäftsveräußerung vollzieht, ohne daß die Geschäftsgläubiger etwas davon merken, aber die Regel ist dies nicht. Vielmehr wird meist nach kaufmännischer Sitte ein stattfindender Inhaberwechsel den Kunden und Gläubigern durch Zirkular mitgeteilt werden; denn daran hat schon der Veräußerer das größte Interesse, daß es bekannt werde, daß nicht mehr er, sondern ein anderer, der Erwerber, es ist, auf dessen Rechnung das Geschäft weitergeführt wird. In der Mehrzahl der Fälle also werden die Gläubiger gar wohl unterrichtet und imstande sein, rechtzeitig ihre Rechte zu wahren, und es besteht daher kein Bedürfnis, sie noch besonders zu schützen, indem man für den Fall, daß ein Erbe ein zu einem Nachlaß gehöriges Geschäft mit der Firma veräußert, dem Erben trotz

der Veräußerung noch die direkte Haftung aus § 27 erwachsen läßt. Als Erbe haftet ja der Veräußerer in diesem Falle sowieso weiter, und die Geschäftsgläubiger können sich namentlich an das halten, was der Erbe als Ersatz für den (im Geschäft) veräußerten Nachlaßgegenstand erhalten hat.

Außerdem spricht auch das Reichsgericht in der eben angeführten Entscheidung nur von dem Falle der Veräußerung des Geschäfts mit der bisherigen Firma. Wenn der Erwerber des Geschäfts nicht das Recht mit erwirbt, die bisherige Firma weiterzuführen, dann wird die Veräußerung durch die Firmenänderung für jeden Dritten erkennbar, und hier besteht daher nicht das Bedürfnis, die Gläubiger noch besonders zu schützen, wie es in dem anderen Falle vom Reichsgericht für nötig befunden worden ist.

Daß eine Fortführung des Geschäfts durch einen Nachlaßverwalter keine Fortführung durch den Erben ist, ist bereits oben erörtert. Es bedarf also in diesem Falle gar nicht erst einer Einstellung; die direkte Haftung entsteht hier ipso jure nicht. Führt aber nach dem Nachlaßverwalter der Erbe das Geschäft selbst weiter, und zwar ebenfalls unter Beibehaltung der bisherigen Firma, so kann es vorkommen, daß für ihn die direkte Haftung sofort bei Beginn der Fortführung durch ihn entsteht; denn der Beginn der Geschäftsfortführung hat auf den Beginn und Lauf der Einstellungsfrist des § 27 Abs. 2 keinen Einfluß, und für den Erben beginnt, auch wenn zunächst ein Nachlaßverwalter das Geschäft fortführt, die Einstellungsfrist bereits mit dem Zeitpunkte seiner Kenntnisnahme von dem Anfalle der Erbschaft, und es ist daher möglich, daß die Frist bereits während der Zeit der Fortführung durch den Nachlaßverwalter abgelaufen ist. Darin liegt auch keine Härte, denn der Erbe hatte Zeit und Ge-

legenheit, die Einstellungsfrist auszunutzen, indem er sich durch den Nachlaßverwalter über die Lage des Geschäfts orientierte. Andererseits ist es auch möglich, daß die Überlegungsfrist des § 27 Abs. 2 erst beginnt, nachdem das Geschäft bereits über drei Monate im Namen des Erben fortgeführt worden ist, was z. B. möglich werden kann, wenn der Erbe beim Erbfall auf einer großen Reise ist, wo man ihn von dem Anfall der Erbschaft an ihn nicht benachrichtigen kann, und unterdessen ein Freund das Geschäft für ihn als Geschäftsführer ohne Auftrag fortführt.

Es ist klar, daß in der Einstellung der Fortführung des Geschäfts keine Ausschlagung der Erbschaft liegt. Andererseits liegt aber, da nach § 27 Abs. 2 letzter Satz die Einstellungsfrist nie vor Ablauf der Ausschlagungsfrist endigt, stets in der Ausschlagung der Erbschaft auch eine rechtzeitige Einstellung. Ausschlagung der Erbschaft befreit daher, wie von jeder Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch so auch von der direkten Haftung aus § 27.

Es erübrigt nun noch, die Einstellungsfrist in ihrer zeitlichen Begrenzung zu betrachten. Die Überlegungsfrist des § 27 Abs. 2 beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, im Gegensatz zu der erbrechtlichen Ausschlagungsfrist des BGB., die nach § 1944 Abs. 2 mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem der Erbe nicht nur von dem Anfall, sondern auch von dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt. Nun beträgt die Überlegungsfrist des § 27 Abs. 2 drei Monate und die Ausschlagungsfrist nach § 1944 Abs. 1 in der Regel nur sechs Wochen. Im Regelfalle wird also, wenn der Erbe, was hier einmal angenommen werden soll, von dem Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung gleichzeitig

Kenntnis erhält, die Überlegungsfrist erst ablaufen, nachdem der Erbe bereits das Recht, die Erbschaft noch auszuschlagen, verloren hat. Nun kann es aber vorkommen, daß die an sich kürzere Ausschlagungsfrist später endigt als die Überlegungsfrist, weil sie dadurch, daß der Erbe wesentlich später von dem Grunde der Berufung als von dem Anfall Kenntnis erlangt hat, oder dadurch, daß die Verfügung von Todes wegen, durch die der Erbe berufen ist, erst wesentlich später verkündet wird (vgl. BGB. § 1944 Abs. 2), später begonnen hat als diese. Ferner ist es möglich, daß die Ausschlagungsfrist nicht nur sechs Wochen, sondern sechs Monate beträgt, und daß sie deshalb später endigt, als die Überlegungsfrist. Dies beruht auf der Bestimmung des § 1944 Abs. 3 BGB., wonach die Frist sechs Monate beträgt, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Auslande aufhält.

Schließlich kann die Ausschlagungsfrist noch aus einem anderen Grunde länger laufen, als die Überlegungsfrist des § 27 HGB., es ist dies der Fall des § 2306 BGB., dem folgender Tatbestand zugrunde liegt:

Ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter hat zwar mehr erhalten als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, aber er ist mit Beschränkungen und Belastungen beschwert. Hier hat der Erbe das Recht, den belasteten Erbteil auszuschlagen und seinen Pflichtteil, frei von jeglicher Belastung, zu verlangen. In diesem Falle beginnt die Ausschlagungsfrist erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt.

Es wird also im praktischen Leben nicht ganz selten vorkommen, daß die Ausschlagungsfrist später endet als die

Überlegungsfrist. Nun wäre es jedoch widersinnig, wenn man die direkte Haftung aus § 27 HGB. dem Erben infolge der Beibehaltung der bisherigen Firma erwachsen ließe, obwohl er noch das Recht hat, die Erbschaft überhaupt auszuschlagen und sich dadurch von jeder Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten zu befreien (BGB. § 1953). Deshalb hat der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen die Überlegungsfrist der Ausschlagungsfrist angepaßt, indem er im letzten Satz des § 27 bestimmt hat, daß erstere nicht vor dem Ablauf der letzteren endigen soll.

Analog der Bestimmung des § 1944 Abs. 2 Satz 3 BGB., betreffs der Ausschlagungsfrist, sagt § 27 Abs. 2 Satz 2, daß auf den Lauf der Überlegungsfrist die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des BGB. entsprechende Anwendung finden sollen, die folgendes besagen:

„Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist."

Wenn also der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und keinen gesetzlichen Vertreter hat, so wird die zu seinen Gunsten laufende Überlegungsfrist nicht vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem der Erbe unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört.

Von diesem Zeitpunkte an läuft natürlich nach § 206 Abs. 1 Satz 2 an Stelle der sechs Monate die Überlegungsfrist des § 27 HGB. von drei Monaten.

## § 10.

## Anwendbarkeit des Abs. 2 § 25.

Eine vielumstrittene Frage ist es, ob auch der Abs. 2 des § 25 auf den Tatbestand des § 27 Anwendung zu finden hat?

§ 27 fordert eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 25 für den Fall, daß ein zu einem Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt wird. Dabei verweist § 27 auf § 25, ohne irgend einen Teil desselben auszuschließen, und es scheint daher zunächst nach dem Wortlaut des Gesetzes § 25 in seinem ganzen Umfange, also auch Abs. 2, auf den Tatbestand des § 27 Anwendung finden zu sollen. Nun will aber der Gesetzgeber die Vorschriften des § 25 nur „entsprechende“ Anwendung finden lassen, d. h. sinngemäße. Es soll also § 25 nur insoweit auch für die Vererbung eines Handelsgeschäfts in Anwendung kommen, als diese Anwendung im praktischen Leben nicht zu Widersprüchen führt.

In § 25 Abs. 2 gibt der Gesetzgeber dem Erwerber eines Handelsgeschäfts ein Mittel, um sich, trotz Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma, der strengen Haftung aus § 25 Satz 1 zu entziehen. Das Gesetz bestimmt hier folgendes:

„Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister

eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist."

Keine Schwierigkeit macht die Anwendung des § 25 Abs. 2, wenn der Erblasser und der Erbe einen Erbvertrag abgeschlossen haben, in dem vereinbart worden ist, daß der Erbe trotz Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma nicht unbeschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten haften soll.[1])

Hier ist eingewendet worden, in einem Erbvertrage könne eine Vereinbarung im Sinne des § 25 Abs. 2 nicht erblickt werden. Der Abs. 2 des § 25 habe seinen rechtlichen Grund nur darin, daß die Gläubiger beim Übergang eines Geschäfts unter Lebenden in der Lage seien, den früheren Geschäftsinhaber als Schuldner zu behalten, wenn der Erwerber des Geschäfts die Verbindlichkeiten des Veräußerers nicht mit übernimmt. Diese Möglichkeit fehle aber im Falle des Übergangs eines Handelsgeschäfts durch Erbfolge.

Hiergegen ist jedoch folgendes einzuwenden: Auch bei Vererbung eines Handelsgeschäfts ist für den Fall, daß der Erbe laut Erbvertrags die direkte Haftung aus § 27 HGB. nicht übernimmt, für die Gläubiger, wenn auch nicht mehr der Veräußerer, d. h. der Erblasser, so doch noch sein Vermögen, sein Nachlaß da, an den sie sich halten können, da doch die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs von einer Vereinbarung im Erbvertrag über die direkte Haftung aus § 27 nicht berührt wird. Die Lage der Geschäftsgläubiger wird also infolge der im Erbvertrag ge-

[1]) So auch Bolte, Zeitschr. Bd. 51 S. 457; vgl. auch Düringer-Hachenburg S. 124, die auch eine testamentarische Erklärung des Erblassers genügen lassen.

troffenen Vereinbarung nicht schlechter als die aller übrigen Nachlaßgläubiger, und ein Recht auf eine Verbesserung ihrer Lage durch Hinzukommen der direkten Haftung aus § 27 HGB. haben die Geschäftsgläubiger nicht.

Manche[1]) gehen nun aber noch weiter, indem sie den Abs. 2 des § 25 auf den Tatbestand des § 27 überhaupt angewendet wissen wollen. Sie stützen sich auf die Denkschrift,[2]) in der der Grundsatz ausgesprochen ist, daß der Übergang der Geschäftspassiva auf den Erwerber beziehentlich den Erben nur dann an die Fortführung der bisherigen Firma geknüpft sein soll, wenn sich dieser Übergang zugleich auf die Vermutung eines Willensaktes der Beteiligten als Grundlage stellen läßt. Diese gesetzliche Vermutung müsse aber jederzeit, und zwar ebenso wie vom Erwerber unter Lebenden, so auch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 vom Erben widerlegt werden können.

Hier ist jedoch folgendes einzuwenden. Allerdings beruht die unbeschränkte Haftung, die in § 25 und § 27 an die Beibehaltung der bisherigen Firma geknüpft ist, auf der vom Gesetz aufgestellten Vermutung, daß der Erwerber, beziehentlich der Erbe durch Fortführung der bisherigen Firma seine Absicht bekunde, in die Geschäftsbeziehungen soweit als möglich einzutreten. Hierin liegt allerdings die ratio legis. Aber daraus darf noch nicht gefolgert werden, daß auch im Leben jeder einzelne Fall dieser gesetzlichen Vermutung tatsächlich entsprechen müsse, und erst recht nicht darf daraus der Schluß gezogen werden, daß der Erbe ebenso wie der Erwerber unter Lebenden berechtigt sein müsse, in Anwendung

[1]) So Staub S. 151; Stegemann S. 117; Bolte S. 457; Böhm, Erbrecht S. 422.

[2]) Denkschrift zum Entwurf eines HGB. S. 39.

des § 25 Abs. 2 durch Bekanntmachung nicht nur einer abweichenden Vereinbarung, sondern auch einer nur einseitigen Erklärung seinen der gesetzlichen Vermutung entgegenstehenden Willen mit der Wirkung bekannt zu machen, daß ihn die Rechtswirkungen des Gesetzes nicht treffen.

Wenn man bei Gesetzesauslegung gewiß nicht am Buchstaben kleben soll, so kann man doch den Wortlaut des Gesetzes auch nicht derartig ignorieren, daß man im vorliegenden Falle die Rechtswirkungen, die das Gesetz an eine zwischen Veräußerer und Erwerber getroffene Vereinbarung knüpft, auch einer einseitigen Erklärung des Erben zuspricht.[1])

Schließlich spricht aber das entscheidende Wort gegen die Anwendung des § 25 Abs. 2 auf den Tatbestand des § 27 die Bestimmung des Abs. 2 des § 27. Wenn der Erbe, wie Staub und andere annehmen, durch Eintragung einer einseitigen Erklärung im Handelsregister und Bekanntmachung derselben, oder durch Mitteilung derselben an den Dritten, dasselbe erreichen kann, wie durch die Einstellung der Geschäftsfortführung während der Überlegungsfrist, dann wird er verständigerweise sich stets dadurch sichern, daß er bei Beginn der Geschäftsfortführung erklärt, er wolle die direkte Haftung des § 27 nicht auf sich nehmen. Will er sich dann nachträglich dieser Haftung doch noch unterziehen, so wird ihn daran niemand hindern. Die Möglichkeit rechtswirksamer einseitiger Erklärung würde dem Erben tatsächlich vollkommen freie Hand verschaffen, und es bedürfte dann nicht erst noch der umständlichen Vorschrift des Abs. 2 des § 27. Dieser Abs. 2 ist aber vorhanden, d. h. der Gesetzgeber hat ihn trotz des Abs. 2 des § 25 für notwendig gehalten. Beide Vorschriften

[1]) Cohn bei Gruchot S. 63.

nebeneinander sind aber, wie eben gezeigt, überflüssig, und so muß man für den Tatbestand des § 27 annehmen, daß § 27 Abs. 2 an die Stelle des § 25 Abs. 2 treten soll.[1])

## § 11.

## Das Rechtsverhältnis zwischen Miterben.

Für die Frage nach der Haftung der Miterben aus § 27 HGB. gilt im Prinzip das gleiche wie beim Alleinerben, und es ergeben sich hier keine besonderen Schwierigkeiten, solange die Miterben mit übereinstimmendem Willen handeln. Auch hier sind die beiden Fälle der Beibehaltung oder Aufgabe der bisherigen Firma durch die Miterben zu unterscheiden.

Führen die Erben das Geschäft unter einer neuen Firma fort, ohne daß für sie ein besonderer Verpflichtungsgrund im Sinne des § 25 Abs. 3 vorliegt, so haften sie für die Geschäftsverbindlichkeiten nicht anders, als wie für die sonstigen Nachlaßschulden, es kommen also hier nur die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Betracht.

Staub[2]) ist der Ansicht, daß in der Fortführung des Geschäfts ohne Beibehaltung der bisherigen Firma ein Antritt der Erbschaft und mehr als ein Handeln in bloßer Erbengemeinschaft liege, daß vielmehr darin immer die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft zu erblicken sei. Dieser Ansicht kann jedoch nicht unbedingt beigestimmt werden. In manchen Fällen, namentlich dann, wenn die Erben das Geschäft ohne die Firma noch fortführen, nachdem bereits die Über-

---

[1]) So auch Cohn bei Gruchot S. 63; Lehmann-Ring I S. 100; Goldmann S. 131.

[2]) Staub S. 155; Böhm S. 423; anders Goldmann S. 135.

legungsfrist des § 27 Abs. 2 HGB. abgelaufen ist, wird allerdings darin die Bildung einer offenen Handelsgesellschaft zu erblicken sein, aber auch nicht immer. Die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft setzt Abschluß eines Gesellschaftsvertrags voraus (BGB. §§ 705 ff.; HGB. §§ 105 ff.). In vielen Fällen wird es jedoch am Abschluß eines solchen Vertrags fehlen, und es wird daher zwischen den Erben lediglich Erbengemeinschaft bestehen; denn der Registerrichter kann die Erben nicht zur Eingehung eines Gesellschaftsvertrags zwingen.[1]) Dieser Vertrag wird als stillschweigend abgeschlossen gelten können, wenn die Erbengemeinschaft das Geschäft länger fortführt, als zur Auseinandersetzung unter den Erben notwendig ist.

Besonders zu beachten ist hier der Fall, wo im Wege der Erbteilung das Geschäft einem Erben oder einem Teile der Erben überlassen wird. Hierin liegt eine Veräußerung eines Handelsgeschäfts unter den Erben, also unter Lebenden, es gelten daher für die das Geschäft aus der Erbengemeinschaft übernehmenden Erben alle Konsequenzen des § 25. Ob die übrigen Erben beschränkt oder unbeschränkt haften, richtet sich nach § 27, insbesondere wird hier wieder die oben erörterte Streitfrage wichtig, ob in der Veräußerung des Geschäfts für die ihr Recht am Geschäft aufgebenden Erben eine Einstellung im Sinne des § 27 Abs. 2 liegt? Diese Frage ist auch hier in bejahendem Sinne zu beantworten (vgl. oben S. 57). Den veräußernden Erben kommt, wenn die das Geschäft übernehmenden Erben unbeschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten haften, betreffs ihrer erbrechtlichen

---

[1]) vgl. Beschluß des Kammergerichts I. Zivilsenat vom 19. 4. 1904; Seufferts Archiv Bd. 59 S. 103.

Haftung, von der sie natürlich durch die Veräußerung nicht freigeworden sind, die Verjährungsfrist des § 26 zugute.[1])

Abgesehen von diesem Falle der Auseinandersetzung gestalten sich die Rechtsverhältnisse bei Vererbung eines Handelsgeschäfts an mehrere Erben folgendermaßen: Den Miterben gehört nach BGB. § 2032 Abs. 1 das Handelsgeschäft gemeinsam, sie haften für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner (§§ 2058 ff.). Bis zur Teilung des Nachlasses kann jeder Miterbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus seinem eigenen Vermögen überhaupt verweigern. Wenn er aber unbeschränkt haftet, z. B. weil er das lediglich von ihm geforderte Nachlaßinventar in der gestellten Frist nicht eingereicht hat, so kann er die Haftung aus seinem eigenen Vermögen in Ansehung des seinen Erbteil übersteigenden Teiles der Verbindlichkeit ablehnen. Für die Haftung nach der Teilung gibt § 2060 Vorschriften, auf die hier nur verwiesen werden soll. Diese Haftung interessiert jedoch hier weiter nicht, da sie von der den Miterben event. aus § 27 HGB. erwachsenden direkten Haftung völlig unberührt bleibt. Für die Haftung aus § 27 kommt es darauf an, ob die Erben das Geschäft mit oder ohne Firma fortführen, oder ob sie rechtzeitig einstellen. Kurz, es sind hier alle die Möglichkeiten gegeben wie beim Alleinerben.

Verfügen kann jeder Miterbe nach BGB. § 2033 über seinen Anteil am Nachlasse, aber nicht über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Nun wird aber in der Regel das hinterlassene Handelsgeschäft nicht den ganzen Nachlaß ausmachen, sondern nur ein einzelner Nachlaßgegen-

---

[1]) Staub I S. 156.

stand sein, daher können also die Miterben in der Regel nur gemeinsam über das hinterlassene Handelsgeschäft verfügen (BGB. § 2040). Für die Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben gibt § 2038 BGB. Vorschriften, worin auch auf einige Vorschriften über die Gemeinschaft (BGB. §§ 741 ff.) verwiesen wird.

Nun können und werden sich unter den Miterben oft Meinungsverschiedenheiten darüber ergeben, was mit dem zum Nachlaß gehörigen Handelsgeschäft zu beginnen sei, und es fragt sich hier, welche Ansicht im Widerstreit der Meinungen recht behalten soll? Für die Entscheidung derartiger Meinungsverschiedenheiten kommt es nach § 2038 darauf an, ob man die Fortführung oder Einstellung des zu einem Nachlasse gehörenden Handelsgeschäfts als einen Akt der Verwaltung des Nachlasses anzusehen hat, insbesondere ob darin eine ordnungsmäßige Verwaltung oder eine zur Erhaltung notwendige Maßregel zu erblicken ist; denn danach richtet es sich, ob der einzelne Erbe allein oder nur die Miterben zusammen über Fortführung oder Einstellung des Geschäfts zu entscheiden haben (BGB. § 2038). Eine für alle Fälle zutreffende Entscheidung läßt sich hier nicht geben. Es ist Tatfrage des Einzelfalls, was unter den gerade obwaltenden Umständen einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht. Ebenso wird es von den tatsächlichen Verhältnissen abhängen, welche Maßregeln zur Erhaltung eines Nachlasses notwendig sind; denn unter Umständen kann sich gerade die Einstellung des Handelsgeschäfts für die Erben notwendig machen, um den Nachlaß vor Überschuldung zu retten und dadurch seiner Erhaltung zu dienen.

Beizustimmen ist hier Strohal,[1]) der die Ansicht ver-

[1]) Strohal, Erbrecht II S. 91.

tritt, daß die Fortführung eines zu einem Nachlasse gehörenden Handelsgeschäfts durch die Miterben nach Maßgabe des § 27 HGB. mit Stimmenmehrheit nicht (also nur einstimmig) beschlossen werden kann, weil es sich dabei schon wegen der im Falle der Fortführung eintretenden schlechthin unbeschränkten Haftung für die früheren und die künftigen Geschäftsverbindlichkeiten um eine über die ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses weit hinausgehende Maßnahme handelt.

Demgegenüber kommt Staub[1]) zu folgendem Resultat: Die Fortführung des Geschäfts mit der Firma sei ein Akt der Verwaltung des Nachlasses; deshalb behalte im Widerstreit der Meinungen derjenige recht, der die Fortführung verlange. Wolle also der einzelne Miterbe dem aus der Fortführung des Geschäfts über die Einstellungsfrist hinaus sich ergebenden Präjudiz der unbeschränkten Haftung entgehen, so müsse er die Erbschaft ausschlagen.

Gegen diese Ansicht ist mit Lehmann-Ring[2]) folgendes einzuwenden: Die Ansicht Staubs würde einen Eingriff in die Privatrechtssphäre des einzelnen Erben darstellen. Vielmehr wird man dem einzelnen Erben das Recht geben müssen, der Fortführung des Geschäfts für seinen Teil zu entsagen. Es haften dann eben nur diejenigen von mehreren Erben, die tatsächlich das Geschäft unter der bisherigen Firma nach Ablauf der für sie maßgebenden Überlegungsfrist, die für jeden der Miterben verschieden laufen kann, fortführen.

---

[1]) Staub S. 155; vgl. auch Düringer-Hachenburg S. 125; Lehmann-Ring S. 99; Cohn bei Gruchot S. 63.

[2]) Ebenso Lehmann-Ring S. 99; Goldmann S. 134; Düringer-Hachenburg S. 25; anders Böhm S. 424.

Die Staubsche[1]) Ansicht, daß sich jeder Miterbe bei Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma durch Ablehnung der beschränkten Haftung gemäß § 25 Abs. 2 von der direkten Haftung des § 27 befreien könne, muß auch hier abgelehnt werden, da die Anwendung des § 25 Abs. 2 auf den Tatbestand des § 27, wie oben (S. 66) gezeigt, überhaupt abgelehnt werden muß.

## § 12.
## Rückblick.

Die Aufgabe vorstehender Erörterungen war es, den Inhalt und die rechtlichen Wirkungen des § 27 in Verbindung mit § 25 HGB. nach allen Richtungen hin zu betrachten. Es mußte dabei mehrfach auf juristische Streitfragen näher eingegangen werden, und es mußte auch des inneren Zusammenhangs wegen manches gestreift werden, was nur indirekt mit den Tatbestand des § 27 HGB. in Beziehung steht. Die Darstellung des eigentlichen Themas, d. h. die Besprechung der Schuldhaftung des Erben nach § 27 HGB., mußte notgedrungen dadurch an Übersichtlichkeit leiden.

Deshalb soll jetzt noch einmal die stufenweise Entwicklung der Rechtslage des Erben nach § 27 HGB. kurz vor Augen geführt werden:

In § 27 sind wie in § 25 zunächst die zwei Fälle zu unterscheiden, daß der Erbe ein zu einem Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft fortführt unter Beibehaltung der bisherigen oder unter Annahme einer neuen Firma.

Führt der Erbe das Geschäft ohne die bisherige Firma fort, so entsteht, wenn nicht ein besonderer Verpflichtungs-

[1]) Staub S. 155; anders Cohn bei Gruchot S. 64.

grund im Sinne des § 25 Abs. 3 vorliegt, keine besondere handelsrechtliche Haftung. Für diesen Fall kommen lediglich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten in Betracht.

Führt der Erbe das Geschäft jedoch unter Beibehaltung der bisherigen Firma fort, so gestaltet sich die Rechtslage folgendermaßen:

Zunächst läuft für den Erben eine Frist von regelmäßig sechs Wochen, in der er sich über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft schlüssig zu machen hat (BGB. § 1944). Eine Haftung aus § 27 HGB. ist in dieser Zeit für ihn noch nicht entstanden, da diese erst nach Ablauf der dreimonatlichen Einstellungsfrist des § 27 Abs. 2 HGB. eintritt.

Schlägt nun der Erbe die Erbschaft rechtzeitig aus, so erwächst ihm weder die Erbenhaftung des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch die direkte Haftung aus § 27 HGB. Nimmt er aber während der Ausschlagungsfrist von sechs Wochen die Erbschaft an, so steht nun schon fest, daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten und somit auch für die Verbindlichkeiten des zum Nachlaß gehörenden Geschäfts nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Erbe haftet. Ob ihm daneben noch eine Haftung aus § 27 HGB. erwächst, hängt davon ab, ob er bei Ablauf der Überlegungsfrist des § 27 Abs. 2 das Geschäft noch unter Beibehaltung der bisherigen Firma fortführt oder nicht.

Stellt er die Fortführung innerhalb dieser Frist ein, so bewendet es bei seiner Erbenhaftung; führt er aber das Geschäft mit der Firma fort, so tritt nun noch die direkte Haftung aus § 27 für die Verbindlichkeiten des zum Nachlaß gehörenden Geschäfts, aber natürlich nur für diese, hinzu. Nun kann sich aber die Ausschlagungsfrist gemäß § 1944

Abs. 2 und 3 BGB. verlängern. Dann verlängert sich, wenn die Ausschlagungsfrist mehr als drei Monate beträgt (z. B. 6 Monate nach § 1944 Abs. 3), dementsprechend, gemäß § 27 Abs. 2 Satz 3 die Einstellungsfrist. Dann fällt die endgültige Entscheidung sowohl über die Ausschlagung der Erbschaft, als über die Fortführung oder Einstellung des Geschäfts auf den Ablauf dieser verlängerten Ausschlagungsfrist.

Schließlich sei hier noch mit wenigen Worten der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte gedacht, die der Erbe innerhalb der durch § 27 Abs. 2 HGB. begründeten Schwebezeit vornimmt. Hiervon scharf zu scheiden ist die Frage nach der Gültigkeit der vom Erben vorgenommenen erbschaftlichen Geschäfte, wenn er binnen der Ausschlagungsfrist des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Erbschaft überhaupt ausschlägt.[1])

Der Erbe wird im Regelfalle, wenn er nicht von dem Rechte, die Erbschaft auszuschlagen, Gebrauch macht, bereits während des Laufs der dreimonatlichen Einstellungsfrist des § 27 Abs. 2 definitiver Erbe, da die regelmäßige Frist für die Ausschlagung der Erbschaft nur sechs Wochen beträgt. Die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, die der Erbe während der Überlegungsfrist des § 27 bei Fortführung des Geschäfts abgeschlossen hat, ohne daß er rechtzeitig die Erbschaft ausgeschlagen hat, wird nun durch eine spätere Einstellung der Fortführung in keiner Weise berührt. Der Erbe ist bereits definitiver Erbe, er hat daher auch das Recht, die Erbschaft gültig zu verwalten, und alle seine Rechtshandlungen, die er als solcher vornimmt, sind unbedingt gültig. Nur das Maß der Haftung des Erben für diese Handlungen kann sich noch verschieden gestalten, je nachdem, ob er sich der direkten Haftung aus § 27 unterzieht oder nicht.

[1]) vgl. Stegemann S. 128 gegen Staub I S. 155, 156.

Beträgt nun aber die Ausschlagungsfrist mehr als sechs Wochen, vielleicht sogar mehr als drei Monate, so hängt die Wirksamkeit der in der Einstellungsfrist, die hier von gleicher Dauer wie die Ausschlagungsfrist ist, vom Erben vorgenommenen erbschaftlichen Geschäfte davon ab, ob der Erbe noch rechtzeitig ausschlägt oder nicht. Hier haben folgende Vorschriften des BGB. § 1959 zu gelten:

Nach § 1959 Abs. 1 ist der ausschlagende Erbe für die vor der Ausschlagung vorgenommene Besorgung erbschaftlicher Geschäfte dem endgültigen Erben gegenüber berechtigt und verpflichtet wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag. Ferner gilt für Verfügungen des später ausschlagenden Erben über einen Nachlaßgegenstand, daß sie durch die Ausschlagung in ihrer Wirksamkeit nicht berührt werden, wenn sie nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnten (§ 1959 Abs. 2). Staubs Ansicht, daß hier die Gültigkeit der Verfügungen sich nicht auf diejenigen beschränke, die unaufschiebbar sind, kann nicht beigetreten werden, da die von Staub in § 27 HGB. erblickte allgemeine Ermächtigung auch zu aufschiebbaren Verfügungen innerhalb ordnungsmäßiger Geschäftsführung sich durchaus nicht aus dem Wortlaute des § 27 HGB. ergibt.

Endlich bleiben nach § 1959 Abs. 3 Rechtsgeschäfte, die dem Erben als solchem gegenüber vorgenommen werden müssen, auch nach der Ausschlagung wirksam, wenn sie vor derselben dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen worden sind. Der gutgläubige Dritte, der mit dem später ausschlagenden Erben kontrahiert hat, wird durch die Rechtssätze vom Schutze des guten Glaubens, vom Vertrauen auf das Grundbuch und vom Erbschein geschützt (BGB. §§ 932 ff., 892, 2366, 2367).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.